Copyright Board
Canada

Commission du droit d'auteur
Canada

FILE: Private Copying 2003-2004

Copying for Private Use

Copyright Act, subsection 83(8)

TARIFF OF LEVIES TO BE COLLECTED BY CPCC IN 2003 AND 2004 ON THE SALE OF BLANK AUDIO RECORDING MEDIA, IN CANADA, IN RESPECT OF THE REPRODUCTION FOR PRIVATE USE OF MUSICAL WORKS EMBODIED IN SOUND RECORDINGS, OF PERFORMER'S PERFORMANCES OF SUCH WORKS AND OF SOUND RECORDINGS IN WHICH SUCH WORKS AND PERFORMANCES ARE EMBODIED

DOSSIER : Copie privée 2003-2004

Copie pour usage privé

Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 83(8)

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR LA SCPCP EN 2003 ET 2004 SUR LA VENTE DE SUPPORTS AUDIO VIERGES, AU CANADA, POUR LA COPIE POUR USAGE PRIVÉ D'ENREGISTREMENTS SONORES OU D'ŒUVRES MUSICALES OU DE PRESTATIONS D'ŒUVRES MUSICALES QUI LES CONSTITUENT

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

Mr. Justice John H. Gomery
Mrs. Sylvie Charron
Mrs. Brigitte Doucet

Dissenting reasons delivered by:

Mr. Stephen J. Callary

Date of the Decision

December 12, 2003

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

M. le juge John H. Gomery
M[e] Sylvie Charron
M[e] Brigitte Doucet

Dissidence exprimée par :

M. Stephen J. Callary

Date de la décision

Le 12 décembre 2003

TABLE OF CONTENTS	*PAGE*
I. INTRODUCTION	1
A. The Process Leading to this Hearing	1
B. The Participants' Positions	2
C. Facts: the Evidence and Recent Developments	6
D. The Legality of Private Copying	19
E. Zero-rating Program: Jurisdictional Issues	22
II. CONSTITUTIONAL MATTERS	29
A. Is Part VIII Copyright Law?	29
B. Is the Private Copying Levy a Tax?	31
III. DEFINITION OF AN AUDIO RECORDING MEDIUM	33
A. Legal Interpretation	33
B. Analysis	40
IV. SETTING THE LEVY RATES	47
A. Valuation Model	47
B. Market and Policy Considerations	56
C. Certified Tariff	63

TABLE DES MATIÈRES
I. INTRODUCTION
A. Le processus ayant mené à la présente audience
B. La position des participants
C. Les faits : la preuve et l'évolution récente
D. La légalité de la copie privée
E. Programme d'exonération de la redevance : questions juridictionnelles
II. QUESTIONS D'ORDRE CONSTITUTIONNEL
A. La partie VIII relève-t-elle du droit d'auteur?
B. La redevance sur la copie privée constitue-t-elle une taxe?
III. DÉFINITION DE SUPPORT AUDIO
A. Interprétation juridique
B. Analyse
IV. ÉTABLISSEMENT DES TAUX DE REDEVANCES
A. Le modèle d'évaluation
B. Considérations relatives au marché et à la politique publique
C. Tarif homologué

V. TERMS AND CONDITIONS OF THE TARIFF	63	**V. MODALITÉS AFFÉRENTES AU TARIF**
A. Apportionment of the Levies Amongst Collective Societies	63	A. Répartition de la redevance entre les sociétés de gestion
B. Retroactivity	64	B. Rétroactivité
C. Administrative Provisions	65	C. Dispositions administratives
VI. CONCLUSION	66	**VI. CONCLUSION**
ENDNOTES	68	**NOTES**
DISSENTING OPINION BY VICE-CHAIRMAN CALLARY	74	**DISSIDENCE DU VICE-PRÉSIDENT CALLARY**

Ottawa, December 12, 2003

File: Private Copying 2003-2004

Reasons for the Decision

I. INTRODUCTION

These reasons explain the Board's decision about the levies proposed by the Canadian Private Copying Collective ("CPCC") in respect of the reproduction for private use of sound recordings embodying performances of musical works ("private copying") for the years 2003 and 2004.

A. The Process Leading to this Hearing

This decision is the latest in a series dealing with the matter. In 1999, the Board issued its first decision[1] regarding the tariff for private copying levies, and in 2001, issued its second decision.[2] In 2002, the Board, on application, reconsidered its second decision on the ground that a material change had occurred in the nature of the market for blank audio recording media, and amended the tariff accordingly.[3]

Although the Board's earlier decisions are helpful to understand the background to these proceedings, it is not necessary to describe in detail their contents. For present purposes, it is sufficient to recall that for the years 1999 and 2000 the Board set the levy rate at 23.3¢ for each audiocassette, 5.2¢ for each CD-R and CD-RW and 60.8¢ for each Audio CD-R and CD-RW and each MiniDisc. For the years 2001 and 2002, the rate increased to 29¢ for audiocassettes, 21¢ for CD-R and CD-RWs and 77¢ for CD-R and CD-RWs Audio and MiniDiscs.

On March 9, 2002, the Board published in the *Canada Gazette*, pursuant to section 83 of the *Copyright Act* (the "*Act*"), CPCC's statement of proposed levies to be collected for the years

Ottawa, le 12 décembre 2003

Dossier : Copie privée 2003-2004

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

Les présents motifs expliquent la décision de la Commission portant sur les redevances proposées par la Société canadienne de perception pour la copie privée («SCPCP») à l'égard de la reproduction pour usage privé d'enregistrements sonores constitués d'œuvres musicales («copie privée») pour les années 2003 et 2004.

A. Le processus ayant mené à la présente audience

La présente décision est la plus récente d'une série portant sur le même sujet. La Commission a rendu sa première décision[1] concernant le tarif des redevances pour la copie privée en 1999 et sa deuxième, en 2001.[2] En 2002, elle a reconsidéré sa deuxième décision après qu'on le lui eut demandé, au motif que le marché des supports audio vierges avait connu une évolution importante, et a modifié le tarif en conséquence.[3]

Bien que les premières décisions de la Commission soient utiles pour comprendre le contexte de la présente instance, il n'est pas nécessaire d'en exposer le contenu en détail. Pour nos fins, il suffit de rappeler que, pour les années 1999 et 2000, la Commission a fixé le taux de la redevance à 23,3¢ pour les cassettes audio, à 5,2¢ pour les CD-R et CD-RW, et à 60,8¢ pour les CD-R Audio et CD-RW Audio et les MiniDisc. Pour les années 2001 et 2002, le taux est passé à 29¢ pour les cassettes audio, à 21¢ pour les CD-R et les CD-RW, et à 77¢ pour les CD-R et CD-RW Audio et les MiniDisc.

Le 9 mars 2002, conformément à l'article 83 de la *Loi sur le droit d'auteur* (la «*Loi*»), la Commission publiait dans la *Gazette du Canada* un projet de tarif de la SCPCP des redevances à percevoir pour

2003 and 2004 and a notice concerning the right to object. Due to unavoidable delays, and at the request of CPCC, the Board did not hear this matter prior to the beginning of 2003. Therefore, also upon CPCC's request, the Board established an interim tariff. It is essentially identical to the tariff for the preceding year, as amended. The interim tariff remained in force until the issuance of this, the Board's third substantive decision.

B. The Participants' Positions

The Board received over 1500 comments about CPCC's proposed levies, all of which were borne in mind throughout these proceedings. Initially, there were over one hundred objectors to the proposed tariff. Many withdrew before the hearing for various reasons, most of which were procedural. Objectors in the broadcasting and educational communities withdrew as a result of assurances from CPCC that the zero-rating program would be extended. This is discussed below. None of the blank media users from the first proceedings participated in the latest hearings, presumably because of the current zero-rating program. The participants who submitted formal statements of their cases take the following positions.

CPCC relies generally on an updated version of the approach taken by the Board in past proceedings. It also seeks to levy items not previously subject to a tariff. These items are blank DVDs (Digital Versatile Disks) and various formats of removable memory and non-removable memory used in MP3 players and similar devices. It proposes a significant increase in the rates applicable to media currently subject to the levy, develops a similar rate for blank DVDs and suggests a graduated rate structure, based upon capacity, for removable and non-removable memory.

les années 2003 et 2004 ainsi qu'un avis concernant le droit de s'y opposer. En raison de retards inévitables et à la demande de la SCPCP, la Commission n'a pas entendu l'affaire avant le début de 2003. Elle a donc établi un tarif provisoire, encore une fois à la demande de la SCPCP. Ce tarif est, pour l'essentiel, identique au tarif modifié de 2002. Il est demeuré en vigueur jusqu'à la publication du présent document, qui constitue la troisième décision de fond de la Commission.

B. La position des participants

La Commission a reçu plus de 1500 commentaires au sujet des redevances que propose la SCPCP; tous ont été pris en compte durant le déroulement de l'instance. Au départ, il y avait plus de cent opposants. Pour divers motifs ayant surtout trait à la procédure, nombre d'entre eux se sont désistés avant l'audience. Les opposants des milieux de la radiodiffusion et de l'éducation se sont retirés après avoir reçu l'assurance de la part de la SCPCP que son programme du taux zéro («programme d'exonération») allait être élargi, ce dont il est question plus loin. Les utilisateurs de supports vierges ayant pris part à la première instance n'ont pas participé à celle-ci, probablement à cause du programme actuel d'exonération. Les participants qui ont présenté un exposé formel de leur point de vue ont adopté les positions suivantes.

Dans l'ensemble, la SCPCP se fonde sur une version mise à jour de la démarche que la Commission a utilisée par le passé. Elle demande également d'assujettir à une redevance certains produits qui n'étaient pas encore visés par un tarif, à savoir les DVD (disques numériques polyvalents) vierges et divers types de mémoire, amovible ou non, utilisée dans les lecteurs MP3 et dans des appareils comparables. Elle propose une augmentation significative des taux applicables aux supports actuellement assujettis à la redevance, en plus d'élaborer un taux semblable pour les DVD vierges et de proposer une grille de taux variant selon la capacité de l'unité de mémoire, amovible ou non.

Ultimately, CPCC proposes rates of 51¢ for each audiocassette, 59¢ for each CD-R of 100 megabytes (Mbs) or more, 49¢ for each CD-RW of 100 Mbs or more, $1.15 for each CD-R Audio and CD-RW Audio or MiniDisc, and 65¢ for each blank DVD. For removable electronic memory cards, or a removable hard drive, CPCC seeks a rate from 0.221¢ to 0.55¢ for each Mb. For (a) removable electronic memory cards sold bundled with a music device, or a removable micro hard drive sold bundled with a music device, or (b) non-removable memory incorporated into a music device, or a hard drive incorporated into a music device, CPCC proposes rates from 0.193¢ to 1.08¢ for each Mb depending on capacity.

En fin de compte, la SCPCP demande 51¢ par cassette audio, 59¢ par CD-R de 100 mégaoctets (Mo) ou plus, 49¢ par CD-RW de 100 Mo ou plus, 1,15 $ par CD-R Audio, CD-RW Audio ou MiniDisc, et 65¢ par DVD vierge. Pour les cartes de mémoire électronique amovibles et disques durs amovibles, la SCPCP demande entre 0,221¢ et 0,55¢ par Mo. Pour les cartes de mémoire électronique amovibles ou les disques amovibles et vendus avec un appareil de musique, tout comme pour la mémoire ou le disque non amovibles et intégrés à un tel appareil, elle propose des taux variant entre 0,193¢ et 1,08¢ par Mo, selon la capacité de mémoire.

The Canadian Storage Media Alliance (CSMA) objects to CPCC's proposal, as it did in the first two previous hearings. It focusses its submissions on the scope of the levy, the quantum of the rates and CPCC's zero-rating program. It disputes that all items but audiocassettes, recordable and rewritable CDs and MiniDiscs are properly subject to a levy. In any event, it submits that all proposed rates are too high. It also argues that CPCC's zero-rating program is flawed and illegal, and urges the Board not to consider the program in establishing the levy rates.

La *Canadian Storage Media Alliance* (CSMA) s'oppose à cette proposition, tout comme elle l'avait fait lors des deux instances précédentes. Ses prétentions concernent avant tout la portée de la redevance, les taux et le programme d'exonération. Elle s'oppose à ce qu'on assujettisse à une redevance autre chose que les cassettes audio, les CD enregistrables ou réinscriptibles et les MiniDisc. Quoi qu'il en soit, elle soutient que tous les taux proposés sont trop élevés. Elle prétend également que le programme d'exonération est défaillant et illégal, et invite fermement la Commission à ne pas en tenir compte aux fins de l'établissement du taux de redevances.

For the first time, the Board heard from a coalition of retailers of blank audio recording media. This group is comprised of Costco Wholesale Canada Ltd., Future Shop Ltd., InterTan Inc. (RadioShack Canada), London Drugs Limited, The Business Depot Ltd. (STAPLES Business Depot), Wal-Mart Canada and the Retail Council of Canada (collectively, the "Retailers"). The Retailers argue that the private copying regime, or a part thereof, is constitutionally invalid as either *ultra vires* the legislative competence of Parliament or as an improperly enacted tax. In the alternative, the Retailers submit that the

Pour la première fois, la Commission a entendu le point de vue d'une coalition de détaillants de supports audio vierges comptant dans ses rangs *Costco Wholesale Canada Ltd.*, *Future Shop Ltd.*, *InterTan Inc. (RadioShack Canada)*, *London Drugs Limited*, *The Business Depot Ltd. (STAPLES Business Depot)*, *Wal-Mart Canada* et le Conseil canadien du commerce de détail (collectivement, les «détaillants»). Les détaillants soutiennent que le régime de copie privée est inconstitutionnel en tout ou en partie parce qu'il outrepasse la compétence fédérale ou constitue une taxe adoptée de façon irrégulière. À titre subsidiaire, ils avancent que le tarif proposé comporte des lacunes et n'est pas

proposed tariff is flawed and unfair. They argue that a levy ought not to apply to most of the items identified in CPCC's proposal, but even if such items were leviable, the levy rate should be calculated as a proportion of their sale price (*ad valorem*).

The Retailers are also opposed to CPCC's zero-rating program. They ask the Board to prohibit the program outright or substitute its own mechanism within the tariff.

Other participants raise a range of arguments. Almost all dispute the proposed application of the levy to certain items or criticize generally CPCC's methodology as problematic and its proposed rates as excessive and not justified by evidence.

Many users of items proposed to be levied made their concerns known to the Board. This group includes companies such as Cognos Inc., Vencon Technologies Inc., represented by Mr. Mark Venis, and Hydraulic Design, represented by Mr. James Carruthers. It also includes individuals such as Messrs. Tom Trottier, Richard Pitt, Jeremy Hellstrom, Martin Hemmings, Brian Hunt and V. Kuz.

Most end users express reservations about the administration and application of CPCC's zero-rating program. In principle, they support some form of an exemption. However, objectors generally indicate a preference for a program without registration restrictions or fees, and with a scheme through which they may buy zero-rated blank media wherever they choose.

The breadth of application of the levy is another common theme throughout the submissions of objectors. Almost all complain that CPCC's proposal and its definition of items to be subject to the levy are ambiguous and arbitrary. For example, some explain that there is no technical distinction between items

équitable. Selon eux, aucune redevance ne devrait s'appliquer à la plupart des produits énumérés dans la proposition de la SCPCP; dans le cas contraire, le taux de la redevance devrait être fonction du prix de vente (*ad valorem*).

Les détaillants s'opposent aussi au programme d'exonération de la SCPCP et demandent à la Commission de l'interdire carrément ou d'y substituer son propre mécanisme, incorporé dans le tarif.

D'autres participants ont présenté divers arguments. Presque tous contestent l'application proposée de la redevance à certains produits ou affirment généralement que la méthodologie de la SCPCP est problématique, que les taux proposés sont excessifs et qu'ils ne sont pas justifiés vu la preuve produite.

De nombreux utilisateurs des produits que l'on propose d'assujettir à une redevance ont exprimé leurs préoccupations à la Commission. Ce groupe comprend des entreprises telles *Cognos Inc.*, *Vencon Technologies Inc.*, représentée par M. Mark Venis, et *Hydraulic Design*, représentée par M. James Carruthers, ainsi que diverses personnes, dont MM. Tom Trottier, Richard Pitt, Jeremy Hellstrom, Martin Hemmings, Brian Hunt et V. Kuz.

La plupart des utilisateurs ont des réserves au sujet de l'administration et de l'application du programme d'exonération de la SCPCP. En principe, ils appuient une certaine forme d'exemption; cela dit, ils favorisent dans l'ensemble un programme non assorti de restrictions relatives à l'inscription ou de frais de participation et permettant à l'utilisateur d'acheter des supports vierges exonérés là où bon lui semble.

La portée de la redevance semble aussi préoccuper l'ensemble des opposants. Presque tous estiment que la proposition de la SCPCP et la définition des produits assujettis à la redevance sont ambiguës et arbitraires. Ainsi, certains avancent qu'il n'existe pas de distinction d'ordre technique entre les produits que l'on veut assujettir à la redevance et

sought to be levied and items proposed to be exempt. Others add that there is no valid distinction between removable and non-removable memory. Generally, objectors point out a trend toward multi-functional items that are difficult to classify.

Concerns about the potential application of the levy are shared by participants representing manufacturers, marketers and others in industries affected by the proposed levy. For example, the Canadian Wireless Telecommunications Association (CWTA) submits that any extension of the definition of blank audio recording medium must be tightly constrained, and should not encompass cellular phones. CWTA discontinued its participation once it became clear that CPCC is not seeking to levy memory in cellular phones.

The Consumer Electronics Marketers of Canada (CEMC), represented by Mr. Ken Elsey, is among the objectors that submit the levy would negatively affect the consumers' electronics market by driving business to the United States and hindering the development of new technologies in Canada. Most objectors suggest that the levy would threaten Canadian innovation and technology industries, and that it is unfair that technology industries and users subsidize the music industry.

Objectors urge the Board not to assume that all blank media are used for copying music. They also point out that some copying is of licenced samples, public domain material, ineligible repertoire, or may be fair dealing. They ask the Board to account for these facts. Some suggest that certain activities of reproduction, including backing-up collections or transferring formats, should not give rise to a levy.

ceux que l'on aimerait exempter. D'autres affirment qu'aucune distinction valable n'a été établie entre la mémoire amovible et non amovible. En général, ils soulignent l'existence d'une tendance vers des produits multifonctions qui sont difficiles à classer.

L'inquiétude relative au champ d'application potentiel de la redevance est partagée par les participants représentant les fabricants, les spécialistes du marketing et d'autres dans les secteurs concernés par la redevance proposée. Par exemple, l'Association canadienne des télécommunications sans fil («ACTS») soutient que tout élargissement de la définition de support audio vierge doit s'effectuer de façon très circonspecte, et ne devrait pas viser les téléphones cellulaires. L'ACTS a mis fin à sa participation lorsqu'il est devenu évident que la SCPCP ne cherchait pas à imposer une redevance sur la mémoire des téléphones cellulaires.

La *Consumer Electronics Marketers of Canada* (CEMC), représentée par M. Ken Elsey, soutient avec d'autres que la redevance nuirait au marché de l'électronique grand public en détournant les affaires vers les États-Unis et en freinant la mise au point de nouvelles technologies au Canada. La plupart des opposants laissent entendre que la redevance constituerait une menace pour les industries canadiennes de l'innovation et de la technologie, et qu'il est injuste que les industries et les utilisateurs de la technologie subventionnent l'industrie musicale.

Les opposants exhortent la Commission à ne pas présumer que tous les supports vierges servent à reproduire de la musique. Ils signalent par ailleurs que certaines reproductions sont en fait des échantillons autorisés par voie de licence, du matériel du domaine public, implique du répertoire non admissible, ou constituent des utilisations équitables. Ils demandent à la Commission de tenir compte de ces faits. Quelques-uns laissent entendre que certaines activités de reproduction telles que la constitution de copies de sauvegarde de collections ou les transferts d'enregistrements d'un support à un autre ne devraient pas donner lieu à une redevance.

Many question the harm done to the music industry as a result of Internet downloading. The Board also heard concerns about the distribution of the funds collected and the benefits or lack thereof to Canadian emerging and independent artists.

C. Facts: the Evidence and Recent Developments

The Board read many volumes of evidence and heard numerous witnesses for nearly 12 full days. The topics addressed were mostly similar to those addressed in previous hearings, and related to, among other things, the collection and distribution activities of CPCC; characteristics of new and emerging technologies; the private copying habits and perceptions of Canadians; all aspects of the model upon which CPCC's proposal is based; the nature and structure of relevant markets and industries; the current and potential impact of the levies on those industries and the economy generally; and foreign private copying regimes.

Much of the Board's insight into the private copying habits of Canadians was gleaned from the survey work of CPCC's expert, Mr. Benoît Gauthier of *Réseau Circum*.[4] Also, CMSA and the Retailers engaged Léger Marketing to conduct their own survey.

Private copying technologies were described by Mr. Basskin for CPCC, by a panel of industry representatives Messrs. Bourrier, Manenc, Ballinger and Ng for CSMA, as well as by others including Mr. Carruthers. Objectors' witnesses Messrs. Lawrence, Burger and Van der Vorm explained digital rights management (DRM) systems and technological protection measures (TPMs).

De nombreuses personnes doutent que les téléchargements à partir d'Internet nuisent vraiment à l'industrie musicale. D'autres ont fait part à la Commission de leurs inquiétudes en ce qui concerne la répartition des fonds perçus et les avantages qu'en tirent (ou non) les nouveaux talents et les artistes indépendants d'ici.

C. Les faits : la preuve et l'évolution récente

La Commission a pris connaissance de nombreux volumes d'éléments de preuve et entendu de nombreux témoins pendant presque douze journées complètes. Les sujets abordés étaient pour l'essentiel les mêmes que par le passé et se rapportaient, entre autres, aux activités de perception et de répartition de la SCPCP; aux caractéristiques des technologies nouvelles et émergentes; aux habitudes en matière de copie privée et aux perceptions des Canadiens; à tous les aspects du modèle sur lequel se fonde la proposition de la SCPCP; à la nature et à la structure des marchés et industries concernés; à l'influence actuelle et potentielle des redevances sur ces industries et sur l'économie en général; et aux régimes de copie privée étrangers.

Le point de vue de la Commission concernant les habitudes des Canadiens en matière de copie privée se fonde en bonne partie sur le sondage du spécialiste de la SCPCP, M. Benoît Gauthier de Réseau Circum.[4] La CSMA et les détaillants ont, quant à eux, engagé Léger Marketing pour mener leur propre sondage.

Les technologies de reproduction pour usage privé ont été décrites par M. Basskin pour la SCPCP, par un groupe de représentants de l'industrie (MM. Bourrier, Manenc, Ballinger et Ng) pour la CSMA et par d'autres participants dont M. Carruthers. Les témoins des opposants, MM. Lawrence, Burger et Van der Vorm ont expliqué en quoi consistaient les systèmes électroniques de gestion du droit d'auteur (SEGDA) et les mesures de protection technologiques (MPT).

The Board gleaned information about blank media markets from Ms. Smith and Mr. Ciric for CPCC, from CSMA's panel, from Ms. Goddard and Mr. Kubas for CSMA and the Retailers and from Mr. Levy and Ms. Brisebois for the Retailers. End users such as Messrs. Elsey, Pitt, Trottier and others also gave the Board their perspective.

Messrs. Stohn and Audley, who are the engineers of CPCC's valuation model, and Dr. Michael Rushton provided insight into economic and theoretical aspects of the levies. The Board also considered an abundance of written evidence prepared by economists, scholars, domestic and foreign governments and others with knowledge of the relevant issues.

The four areas described below deserve particular attention. The Board is aware that this is an area of constant evolution, and new developments will have again occurred by the time these reasons are published.

1. Technological Developments

There has been a continued shift in the types of products used for private copying, and new technologies are emerging for that purpose.

At the time of the first decision on private copying ("*Private Copying I*"), more than 90 per cent of copies were made onto audiocassettes. Current evidence indicates that the share of copies made onto audiocassettes is less than one fifth, while recordable and rewritable CDs account for more than 75 per cent. It is clear, therefore, that the overwhelming majority of private copies are now made using blank CDs. All other products are used in much smaller proportions; the figures do not account for copies made onto personal computers.

La Commission a colligé de l'information sur les marchés des supports vierges auprès de M^me^ Smith et de M. Ciric (pour la SCPCP), d'un groupe témoignant pour la CSMA, de M^me^ Goddard et de M. Kubas (pour la CSMA et les détaillants) et de M. Levy et de M^me^ Brisebois (pour les détaillants). Des utilisateurs tels que MM. Elsey, Pitt, Trottier et d'autres ont également présenté leurs points de vue à la Commission.

MM. Stohn et Audley, concepteurs du modèle d'évaluation de la SCPCP, et M. Michael Rushton ont donné un aperçu des aspects économiques et théoriques des redevances. La Commission a aussi examiné de nombreux éléments de preuve écrite préparés par des économistes, des universitaires, des gouvernements d'ici et de l'étranger, et autres spécialistes de questions pertinentes.

Les quatre domaines abordés ci-après méritent un examen détaillé. La Commission sait que ce secteur est en constante évolution et que d'autres avancées seront intervenues au moment de la publication des présents motifs.

1. Évolution de la technologie

Les produits utilisés à des fins de copie privée changent continuellement et de nouvelles technologies de copie privée sont constamment mises au point.

En 1999, année de la première décision en copie privée («*Copie privée I*»), plus de 90 pour cent des copies étaient faites sur une cassette audio. La preuve démontre qu'aujourd'hui, moins du cinquième des copies sont faites sur une cassette audio, et plus des trois-quarts le sont sur un CD enregistrable ou réinscriptible. Il est donc évident que la grande majorité des copies sont maintenant réalisées à l'aide de CD vierges. Tous les autres produits sont utilisés dans des proportions beaucoup moindres. Ces chiffres ne tiennent pas compte des copies faites sur les ordinateurs personnels.

These trends are attributable, at least in part, to the growing penetration of CD burners in personal computers in Canada. Moreover, hardware and software continue to be developed that makes copying music easier. Whereas previously private copying most often involved synchronizing cassettes in a dual deck machine, programs now exist that allow people to find, acquire, manage and copy whole libraries of music simply and conveniently on their personal computers.

Also, new media that might be used for private copying continue to emerge. These include, for example, recordable and rewritable DVDs. Blank DVDs look and function much like blank CDs; the primary distinction is storage capacity. The typical capacity of a blank DVD is 4.7 Gbs, compared to the 650-700 Mbs of capacity on most blank CDs.

Currently, various formats of blank DVDs compete for acceptance in an emerging market. Some can only be recorded to once, including DVD+R, developed by Phillips and Sony, and DVD-R, developed by Panasonic, Hitachi, Pioneer and Phillips. DVD-R(A) ("authoring") and DVD-R(G) ("general") are two subtypes of DVD-R that are mutually incompatible with each other. Other formats can be recorded to multiple times. DVD-RAM, developed by Hitachi, Toshiba and Panasonic was created for backing up computer data, and therefore, can be rerecorded approximately 100,000 times. DVD-RW, developed by Pioneer, and DVD+RW, developed by HP, Phillips and Sony, are also rewritable.

For now, technical distinctions among the formats mean that each is compatible only with specific writers and players. The battle between competing formats appears similar to that which occurred between the VHS and BETA formats of videotapes. The expectation is that this war will end at some point, but it is unclear just when or which format will emerge as the industry standard.

Ces tendances sont attribuables, du moins en partie, au fait qu'un nombre croissant d'ordinateurs personnels livrés au Canada sont munis d'un graveur de CD. De plus, on continue de créer du matériel et des logiciels qui facilitent la reproduction de musique. Alors qu'avant, faire une copie privée voulait dire synchroniser des cassettes dans une platine double, il existe maintenant des programmes qui permettent de trouver, d'acquérir, de gérer et de copier des discothèques complètes sans complication et sans effort dans un ordinateur personnel.

De même, de nouveaux supports pouvant servir à des fins de copie privée continuent d'être mis sur le marché, dont les DVD enregistrables et réinscriptibles. Les DVD vierges ressemblent à des CD vierges et fonctionnent essentiellement de la même façon. Ce qui les distingue avant tout, c'est la capacité de stockage. Un DVD vierge typique peut stocker 4,7 Go, comparativement à 650 ou 700 Mo pour la plupart des CD vierges.

À l'heure actuelle, on cherche à imposer divers types de DVD vierges dans un marché émergent. Certains ne peuvent être gravés qu'une seule fois, dont le DVD+R, conçu par Phillips et Sony, et le DVD-R, créé par Panasonic, Hitachi, Pioneer et Phillips. Le DVD-R(A) («*authoring*») et le DVD-R(G) («général») sont deux sous-types de DVD-R incompatibles entre eux. D'autres types peuvent être gravés à plusieurs reprises. Le DVD-RAM, mis au point par Hitachi, Toshiba et Panasonic et conçu pour sauvegarder des données informatiques, peut être réenregistré environ 100 000 fois. Le DVD-RW, attribuable à Pioneer, et le DVD+RW, mis au point par HP, Phillips et Sony, sont eux aussi réinscriptibles.

Pour l'instant, à cause des différences d'ordre technique entre ces divers types, chacun d'entre eux n'est compatible qu'avec certains graveurs et lecteurs. Cette concurrence ressemble à celle qu'on a connue entre les vidéocassettes VHS et BETA. On s'attend à ce que cette guerre prenne fin éventuellement, mais on ne saurait dire quand, ni le type qui deviendra la norme.

Contrary to the blank DVD market, the prerecorded DVD market is growing by leaps and bounds. Consumers seem to be embracing DVD technology for movies, and sales of DVD players are brisk. However, at present, most of the installed base of DVD players cannot play recordable or rewritable DVDs.

Some expect that stand-alone DVD recorders will replace VHS recorders, but that day is not yet here. At this time, most DVD writers come in the form of an optional drive in higher-end personal computers. Most of these can record only to specific disc formats. As a result, it is probably common to record and play recordable or rewritable DVDs on the same machine. The evidence also indicates that there are currently no portable DVD players that can read compressed audio files from recordable DVDs.

Regarding compressed audio files, the Board alluded in previous proceedings to the growing popularity of MP3[5] music files, and the fact that MP3 players were becoming more widespread. MP3 continues to be the most dominant and well-known format for compressed digital music. However, other formats also exist, including Sony's ATRAC3, Windows Media Audio (WMA) and Advanced Audio Coding (AAC). In respect of MP3 files, it is generally accepted that one minute of music can be compressed and stored using 1 Mb of memory. Uncompressed music requires 10 Mbs.

CPCC refers to devices intended for use primarily to record and play music as "MP3 players". As explained below, in these reasons the Board targets products with non-removable memory capable of, and ordinarily used for, recording digitally any format of music and refers to them simply as "digital audio recorders".

Contrairement au marché du DVD vierge, celui du DVD préenregistré progresse à pas de géant. Les consommateurs semblent adopter cette technologie pour les films, et les ventes de lecteurs de DVD sont en croissance rapide. Toutefois, la plupart des lecteurs achetés jusqu'ici par les consommateurs ne peuvent lire les DVD enregistrables ou réinscriptibles.

Certains s'attendent à ce que l'enregistreur de DVD autonome remplace le magnétoscope VHS, mais nous n'en sommes pas encore là. À ce stade, la plupart des graveurs de DVD se présentent sous la forme d'un périphérique optionnel offert dans les ordinateurs haut de gamme. La plupart ne sont compatibles qu'avec certains types de disques. Par conséquent, il est probable qu'on grave et joue les DVD enregistrables ou réinscriptibles à l'aide du même appareil. La preuve démontre aussi qu'aucun lecteur de DVD portatif ne peut, en ce moment, lire des fichiers audio comprimés sur un DVD enregistrable.

En ce qui concerne les fichiers audio comprimés, la Commission avait fait allusion dans ses décisions antérieures à la popularité croissante des fichiers MP3[5] et à leur usage de plus en plus répandu. La norme MP3 continue de dominer le marché de la compression musicale numérique, en plus d'être la mieux connue. Mais il en existe d'autres, dont ATRAC3 (Sony), *Windows Media Audio* (WMA) et *Advanced Audio Coding* (AAC). En ce qui a trait aux fichiers MP3, il est généralement reconnu que la compression d'une minute de musique requiert 1 Mo de mémoire, alors qu'un contenu musical non comprimé de même durée en consomme 10.

La SCPCP appelle «lecteurs MP3» les appareils d'abord conçus pour enregistrer et faire jouer de la musique. Tel qu'expliqué plus loin, la Commission vise dans les présents motifs les produits dotés de mémoire non amovible, pouvant servir à enregistrer numériquement tout type de musique et habituellement utilisés à cette fin, qu'elle appelle tout simplement des «enregistreurs audionumériques».

Some products have no internal memory, and only have slots that accept removable types of memory.[6] These products are players. Some products have only internal memory, or internal memory and slots that accept removable memory. These are recorders. Although the Board heard that the trend was toward producing digital audio recorders that only contain non-removable internal memory, products still exist on the market that accept removable memory.

At present, there are two general types of digital audio recorders. One incorporates a spinning hard-disk drive that is technically no different than those in personal computers. The capacity of the memory within such products presently ranges from about 5 to 225 Gbs. These digital audio recorders may be portable, in-car or in the form of a central server. The Apple iPod is among the most familiar of this type of product.

The other type of digital audio recorder incorporates solid state memory that does not contain any moving parts. Most products of this type currently on the market contain between 32 and 128 Mbs, or sometimes 256 Mbs, of storage capacity. Often, these products also have expansion slots that can accept additional removable memory.

Witnesses, including Messrs. Basskin and Ciric, predicted that hard disk based models will become increasingly successful compared to solid state products because of their larger capacity and speed, even though solid state memory contains no moving parts, consumes less power and is typically smaller in size.

Removable electronic memory comes in a variety of formats and may be used for a number of purposes. Some of the more popular removable memory comes in the form of cards sold under the names SmartMedia, CompactFlash, Secure Digital Memory

Certains produits n'ont pas de mémoire interne et ne sont dotés que de fentes pouvant accueillir certains types de mémoire amovible.[6] Il s'agit de lecteurs. D'autres sont dotés de mémoire interne et peuvent comporter ou non des fentes pouvant accueillir de la mémoire amovible. On parlera alors d'enregistreurs. À l'audience, on a soutenu que la tendance était à la fabrication d'enregistreurs audionumériques exclusivement munis de mémoire interne non amovible; cela dit, on offre encore des produits qui sont compatibles avec de la mémoire amovible.

À l'heure actuelle, il existe deux types d'enregistreurs audionumériques. Le premier est muni d'un disque dur rotatif qui, d'un point de vue technique, est semblable à celui que l'on retrouve dans un ordinateur personnel. La capacité de la mémoire de tels appareils va de 5 à 225 Go. Ils existent sous la forme d'appareils portatifs, d'appareils pour l'auto ou de serveurs centraux. Le iPod d'Apple est l'un des plus connus.

Les enregistreurs audionumériques du second type sont dotés de mémoire à semiconducteurs ne contenant pas de pièces mobiles. La plupart des appareils de ce genre qu'on retrouve en ce moment sur le marché peuvent stocker de 32 à 128 Mo (parfois jusqu'à 256 Mo). Ils sont souvent équipés de fentes d'expansion pouvant accueillir de la mémoire amovible supplémentaire.

Des témoins, dont MM. Basskin et Ciric, ont prédit que les appareils fonctionnant à l'aide d'un disque dur connaîtront un succès croissant par rapport aux produits à semiconducteurs à cause de leur plus grande capacité et vitesse, et ce même si la mémoire de ces produits à semiconducteurs ne contient pas de pièces mobiles, consomme moins d'énergie et est généralement plus compacte.

La mémoire électronique amovible est offerte sous plusieurs formes et peut servir à diverses fins. Les produits de marque *SmartMedia, CompactFlash, Secure Digital Memory (SDM), MultiMediaCards, MagicGate* et *MemoryStick*, vendus sous forme de cartes, sont parmi les plus populaires. Ces produits,

(SDM), MultiMediaCards, MagicGate and MemoryStick. These formats, which utilize solid state memory and are sometimes called flash memory cards, have a capacity typically ranging from 32 to 512 Mbs.

qui mettent à contribution une mémoire à semiconducteurs et sont parfois appelés cartes de mémoire flash, ont une capacité variant habituellement de 32 à 512 Mo.

Most removable electronic memory cards have different physical dimensions, and therefore, not all formats are compatible with all digital audio recorders. Indeed, although the evidence was not straightforward, it seems that some formats are compatible with few, if any, digital audio recorders. Some formats are seemingly compatible exclusively, or almost exclusively, with digital cameras, personal digital assistants or other non music related devices. Secure CompactFlash and Ultra CompactFlash appear to be examples of such formats.

Étant de dimensions physiques différentes, la plupart des cartes de mémoire électronique amovibles ne sont pas compatibles avec l'ensemble des enregistreurs audionumériques. De fait, même si la preuve n'était pas catégorique, il appert que certains types de dispositifs ne sont compatibles qu'avec peu ou pas d'enregistreurs audionumériques. Certains semblent n'être compatibles pour l'essentiel qu'avec des appareils photo numériques, des assistants numériques personnels ou autres appareils n'ayant rien à voir avec la musique. *Secure CompactFlash* et *Ultra CompactFlash* paraissent en être des exemples.

Removable memory may also come in the form of micro hard disks, such as the IBM MicroDrive for example. Some removable micro hard disks are designed for use in car audio systems, but some are not currently compatible with any digital audio recorders. Like internal hard disk memory, these products typically have greater capacity than solid state memory.

La mémoire amovible est aussi offerte sous forme de microdisques durs tel que le *MicroDrive* d'IBM. Certains de ces disques sont conçus pour les systèmes de son pour l'auto; parmi ces derniers, certains ne sont compatibles avec aucun enregistreur audionumérique. Tout comme les disques durs internes, ces produits stockent habituellement davantage de données que la mémoire à semiconducteurs.

The Board heard a considerable amount of evidence about another interesting technological development. TPMs and DRM systems are beginning to be used increasingly by rights-holders to control the distribution and use of, and access to, music and other content.

Les participants ont déposé une preuve importante au sujet d'une autre évolution technologique intéressante. Les MPT et les SEGDA commencent à être utilisés par les titulaires de droits pour gérer la distribution, l'utilisation et l'accessibilité d'œuvres musicales et d'autres contenus.

It is not necessary to go into detail about the technical aspects of the software and hardware that drive TPMs and DRM systems. Generally, TPMs are used to prevent unauthorized copying or distribution of content. They may also limit uses that can be made of the content. DRM systems use a similar set of technological tools to allow a person to use content according to his or her

Il n'est pas nécessaire d'exposer en détail les aspects techniques des logiciels et du matériel qui permettent les MPT et les SEGDA. En règle générale, les MPT servent à prévenir la reproduction ou la distribution non autorisées de contenus, mais peuvent aussi limiter l'emploi qu'on peut faire de ce contenu. Les SEGDA mettent à contribution un ensemble comparable d'outils technologiques permettant à une personne d'employer le contenu à son gré, mais

wishes, but within parameters that are often predetermined by the rights-holder. For example, rights-holders can use DRM systems to allow consumers to acquire the right to listen only once, or to listen for a whole month, or to make one, five, ten or an unlimited number of copies. DRM technology can thus empower a number of emerging business models.

uniquement en fonction de paramètres déterminés, souvent à l'avance, par le titulaire des droits. Par exemple, l'utilisateur pourrait acquérir le droit d'écouter une pièce une seule fois ou durant un mois complet, ou de faire une, cinq ou dix copies, ou un nombre illimité de copies. Cette technologie peut donc rendre viables certains modèles commerciaux émergents.

Such developments were applauded by CPCC as a "holy grail".[7] They were also recognized by most other participants as representing a desirable method of ensuring compensation for rights-holders. DRM systems have facilitated the development of some legitimate online "stores", which are operated or authorized by those in the music industry. Some of the most publicized of these are Pressplay and MusicNet. Services are sometimes subscription-based, or sometimes allow anyone to download a single track, or an entire album. Each offers their own package(s) of rights associated with a subscription or purchase, some of which are more liberal than others.

La SCPCP compare ces technologies à la découverte du Saint-Graal.[7] La plupart des autres participants y ont également vu une méthode souhaitable pour assurer une rémunération aux titulaires de droits. Les SEGDA ont aidé à la création de «magasins» en ligne légitimes, exploités ou cautionnés par ceux de l'industrie musicale. MusicNet et Pressplay font partie des mieux connus. Certains sont souscrits par abonnement; d'autres permettent à qui le veut bien de télécharger une seule pièce ou un album complet. Chaque service offre son propre assortiment plus ou moins généreux de droits rattachés à l'abonnement souscrit ou à l'achat effectué.

Overall, the evidence indicated that TPMs and DRM systems have not been fully exploited. Many legitimate music services are not yet available in Canada. Moreover, technology has not affected consumers' ability to copy the vast majority of prerecorded CDs, unlike DVDs. Nor has it succeeded in shutting down peer-to-peer distribution networks, which are discussed below.

Dans l'ensemble, la preuve révèle que les MPT et les SEGDA n'ont pas encore été pleinement exploités. De nombreux services de musique légitimes ne sont toujours pas disponibles au Canada. De plus, la technologie n'a pas empêché les consommateurs de reproduire la quasi-totalité des CD préenregistrés (contrairement aux DVD). Elle n'a pas non plus entraîné la fermeture de réseaux de distribution entre pairs, dont nous traiterons plus loin dans ces motifs.

2. Private Copying Habits

2. Habitudes en matière de copie privée

It is difficult to say precisely how many music tracks are being copied in a given period.[8] What is clear is that the sources from which private copies are made have shifted dramatically. Evidence in these proceedings suggests that the Internet is now a dominant source of private copies, accounting for

Il est difficile d'établir le nombre exact de pièces musicales qui sont copiées durant une période donnée.[8] Il est clair par contre que ce à partir de quoi on fait de la copie privée a énormément changé. Selon la preuve produite à l'audience, Internet constitue désormais une source dominante, comptant en fait pour à peine moins de la moitié de toutes les

slightly under half of all copies made. Prerecorded CDs are a second significant source while some copies continue to be made from radio and other sources.

One explanation for this change relates to the increased number of Canadians with personal computers, and the penetration of the Internet in Canadian households. Recent data suggests that nearly half of the Canadian homes have access to the Internet. High speed connections, which are available in a growing number of households, make downloading music even more efficient.[9]

The growing number of personal computers with CD burners in Canadian households, the decrease of copying onto audiocassettes and the rarity of stand-alone CD recorders all point to another development. It would seem that not only do almost half of all tracks copied originate from the Internet, more than that are copied through a personal computer. That is, even where the original source of the copy is a prerecorded CD, the evidence suggests that many consumers copy that prerecorded CD onto a computer hard drive, and then copy tracks from the hard drive onto a blank CD. It may also be that some copies are not made through a computer's hard drive, but rather use temporary memory.

The purchaser of a prerecorded CD does not purchase the right to copy that CD. However, the Board heard evidence that a growing, but still small, proportion of tracks downloaded from the Internet are explicitly or implicitly accompanied by the right to make private copies. Music downloads are usually acquired in one of three ways.

First, they may be obtained through peer-to-peer networks, such as Napster, Kazaa, Grokster or Morpheus. Second, they may be purchased through legitimate distribution services, such as Pressplay,

copies faites. Les CD préenregistrés représentent une importante deuxième source, alors qu'on continue de faire quelques copies à partir de la radio ou d'autres sources.

Ce changement s'explique notamment par le nombre croissant de Canadiens possédant un ordinateur personnel et la pénétration d'Internet dans les foyers canadiens. Selon des données récentes, presque la moitié des foyers ont accès à Internet. Les connexions haute vitesse, disponibles dans un nombre croissant de foyers, contribuent à accroître l'efficacité des opérations de téléchargement de musique.[9]

Le nombre croissant de ménages canadiens disposant d'un ordinateur personnel muni d'un graveur de CD, l'utilisation décroissante de cassettes audio à des fins de reproduction et la rareté des enregistreurs de CD autonomes révèlent un autre phénomène. Il semble en effet que non seulement près de la moitié de toutes les pièces copiées proviennent d'Internet, mais qu'il y en ait encore plus qui sont copiées à l'aide d'un ordinateur personnel. Même lorsque c'est un CD préenregistré qu'on copie, la preuve indique que de nombreux consommateurs le copient sur un disque dur avant d'en reproduire des pistes sur un CD vierge. Il se peut aussi que certaines copies soient faites par le truchement de la mémoire temporaire plutôt que du disque dur.

L'acheteur d'un CD préenregistré n'acquiert pas le droit de le reproduire. Cela dit, la Commission a entendu des dépositions révélant qu'une proportion croissante, quoique modeste, des pistes téléchargées à partir d'Internet sont explicitement ou implicitement assorties du droit d'en faire des copies privées. Les téléchargements musicaux sont habituellement acquis suivant l'un des trois modes suivants.

Premièrement, on peut les effectuer par l'entremise de réseaux de distribution entre pairs, tels que Napster, Kazaa, Grokster ou Morpheus. Deuxièmement, on peut télécharger des enregistrements musicaux, moyennant certains frais,

MusicNet and others. Third, objectors submitted evidence of authorized free download samples or promotions from various Web sites.

CSMA/Retailers' argument is that almost one third of Canadians have copied at least one promotional track onto a recordable CD. CPCC suggests that authentic free samples are relatively rare, accounting for only 3.5 per cent of downloads. The Board agrees with this assessment for the time being. Moreover, it is not clear whether free samples include the right to private copy.

Changes have also occurred in the uses that consumers make of blank media. According to Circum's research, 75 per cent of individuals stated that the last time they used an audiocassette, it was for the purpose of copying music. For recordable CDs, this figure is approximately 66 per cent, and for rewritable CDs, about 50 per cent. The survey evidence of both CPCC and CSMA/Retailers shows that between 80 per cent and 90 per cent of individual consumers who buy blank CDs do so in some measure for the specific purpose of copying prerecorded music. Moreover, it appears that over 40 per cent of individuals use recordable CDs for no other purpose. Less reliable evidence suggests that the proportion of individuals who last copied music, as opposed to other content, onto electronic memory, as well as onto blank DVDs, is close to one third.

These figures do not purport to represent a proportion of the total market for such media, but are in relation to the number of media purchased only by individual consumers. To get a feel for the broader picture, it is necessary to consider other aspects of the blank media market.

par l'entremise de services de distribution légitimes tels que Pressplay ou MusicNet. Enfin, les opposants ont présenté des éléments de preuve montrant l'existence d'échantillons gratuits autorisés et autres promotions offerts par divers sites Web.

La CSMA et les détaillants soutiennent que près du tiers des Canadiens avaient copié au moins une piste promotionnelle sur un CD enregistrable. La SCPCP laisse entendre que ces échantillons gratuits sont relativement rares, comptant pour seulement 3,5 pour cent des téléchargements. Pour le moment, la Commission est d'accord avec cette évaluation. En outre, il n'est pas clair si les échantillons gratuits sont assortis du droit de copie privée.

L'utilisation que font les consommateurs des supports vierges a elle aussi évolué. Selon la recherche de Circum, 75 pour cent des répondants ont déclaré que, la dernière fois qu'ils avaient utilisé une cassette audio, c'était dans le but de copier de la musique. En ce qui concerne les CD enregistrables, on parle d'environ 66 pour cent, et d'environ 50 pour cent dans le cas des CD réinscriptibles. Selon la preuve par sondage de la SCPCP, tout comme celle de la CSMA et des détaillants, 80 à 90 pour cent des consommateurs qui achètent des CD vierges le font, dans une certaine mesure, dans le but précis de copier de la musique préenregistrée. Et il appert que plus de 40 pour cent des consommateurs se servent de CD enregistrables uniquement à cette fin. Selon des preuves moins fiables, près du tiers des gens s'étant servi de dispositifs de mémoire électronique ou de DVD vierges ont copié de la musique, par opposition à d'autres contenus, la dernière fois qu'ils s'en sont servis.

Les données qui précèdent concernent uniquement les supports achetés par les consommateurs, et ne représentent donc qu'une partie des ventes totales du marché. Pour brosser un tableau plus complet de la situation, il faudrait tenir compte d'autres aspects du marché des supports vierges.

3. The Blank Media Market

In these proceedings there are significant discrepancies in the evidence describing the total size of the Canadian market for blank audio recording media.[10] Although the estimates of the market for all products are important to the Board, blank CDs are of particular interest, due to their emergence as the dominant format used for private copying. Consequently, the levy on this format generates the bulk of CPCC's revenues. Since there is a lag in reporting, the debate focusses on sales figures for the year 2001 and the first half of 2002.

Roughly speaking, CPCC collected a levy from manufacturers and importers paid on 90 million CD-Rs in 2001. However, CPCC notes that, according to data from the Santa Clara consulting group,[11] the total market size was approximately 102 million units. Members of the International Recording Media Association (IRMA)[12] say they manufactured or imported just under 50 million units in Canada in 2001. If, as the evidence suggests, they account for 40 per cent of the Canadian market, it would result in a total within the range of CPCC's submission. CSMA members report just over 50 million units during the same period. They represent close to 63 per cent of the total Canadian market. This means the total market would be about 84 million units. By contrast, according to the Retailers' figures, six major retailers representing 75 per cent of the total Canadian market purchased almost 194 million units. Adjusting to take account of the entire retail market, purchases could have been as high as a quarter billion units in 2001.

Much discussion also surrounded the size of the "individual consumer" market in proportion to the total market for blank media. CPCC claims 70.8 per cent of all blank CDs are purchased by individual

3. Le marché des supports vierges

Dans la présente affaire, la preuve portant sur la taille globale du marché canadien des supports audio vierges comporte des incohérences significatives.[10] Bien que les estimations concernant le marché pour tous les produits soient importantes pour la Commission, les CD vierges revêtent un intérêt particulier en raison de leur émergence comme principal support utilisé à des fins de copie privée. Par conséquent, la redevance prélevée sur ce type de CD représente la principale source de revenus de la SCPCP. Étant donné que la Commission fait face à un décalage dans la production des données, les discussions portent sur les chiffres de vente pour l'année 2001 et la première moitié de 2002.

En gros, les fabricants et importateurs ont payé la redevance à l'égard d'environ 90 millions de CD-R en 2001. Cela dit, la SCPCP signale que les données recueillies par le groupe de consultants Santa Clara[11] établissent la taille totale du marché canadien à environ 102 millions d'unités. Les membres de l'*International Recording Media Association* (IRMA)[12] affirment avoir fabriqué ou importé tout près de 50 millions d'unités au Canada en 2001. Si ce chiffre représente, comme les éléments de preuve le donnent à penser, 40 pour cent du marché, le total se situera dans la fourchette avancée par la SCPCP. Les membres de la CSMA font état, quant à eux, de tout juste un peu plus de 50 millions d'unités durant la même période. Ils comptent pour 63 pour cent du marché canadien total. Cela signifie que le marché serait d'environ 84 millions d'unités. Par contre, les données des détaillants indiquent que six détaillants d'envergure, représentant 75 pour cent du marché total canadien, ont acheté presque 194 millions d'unités. En rajustant pour tenir compte de l'ensemble du marché de détail, les achats auraient pu atteindre un quart de milliard d'unités en 2001.

On a aussi parlé abondamment de la taille du marché de la consommation par des individus par rapport au marché global des supports vierges. La SCPCP prétend que les consommateurs achètent 70,8 pour cent des CD vierges. À l'opposé, la CSMA prétend

consumers. CSMA maintains there is no evidence to show that this figure is higher than the 45 per cent used in the Board's last decision. This proportion is potentially important for two reasons. First, it might have an impact upon the Board's application of the definition of an "audio recording medium". Second, it could be a consideration when setting the levy rates.

qu'aucun élément de preuve ne permet de conclure que ce pourcentage est plus élevé que celui de 45 pour cent utilisé dans la dernière décision de la Commission. Cette proportion est potentiellement significative pour deux raisons. Premièrement, elle peut influencer la façon dont la Commission applique la définition de «support audio». Deuxièmement, elle peut jouer un rôle dans l'établissement des taux de redevances.

In contrast to the uncertainty surrounding the size of the blank media markets, there is little debate over prices and pricing trends. With the exception of audiocassettes, the price of which has remained stable, all types of blank media have experienced a downward trend in pricing.

Alors que la taille des marchés de supports vierges ne peut être établie avec certitude, les prix et les tendances en matière de fixation des prix suscitent peu de débats. À l'exception du prix des cassettes audio, qui est demeuré stable, celui de tous les types de supports vierges a fléchi.

Average Canadian wholesale prices for CD-Rs have fallen over 50 per cent since 1999, and consumers can now purchase a single CD-R at retail for under $1.50, or for about 50¢ each in a package of 100. Single rewritable CDs cost roughly three times as much as single recordable CDs, as do Audio CD-Rs. Audio CD-RWs and MiniDiscs are about $5 each. The price of a blank DVD depends greatly on its format, and ranges from about $10-$24 per unit.

Les prix de gros moyens des CD-R au Canada ont baissé de plus de 50 pour cent depuis 1999, et les consommateurs peuvent maintenant acheter un CD-R au détail pour moins de 1,50 $ ou à un coût d'environ 50¢ le CD-R dans le cas d'un paquet de 100. Les CD réinscriptibles de même que les CD-R Audio coûtent environ trois fois plus cher que les CD enregistrables. Les CD-RW Audio et les MiniDisc se vendent environ 5 $ chacun. Le prix d'un DVD vierge varie grandement en fonction de son format, allant de 10 $ à 24 $.

The prices for removable memory and digital audio recorders also vary greatly, depending mainly on form and capacity. The price per Mb for removable memory ranges from roughly 50¢ to almost $4. Generally, the higher the capacity the lower the price per Mb. For non-removable memory embedded in digital audio recorders, the price per Mb might be from $2-$3 for solid state models, but can be as low as 3¢-4¢ for hard disk products. Thus, the retail price of a 32 Mb digital audio recorder is about $115, whereas a 10 Gb and a 20 Gb hard disk digital audio recorder can sell for $350 and almost $600, respectively.

Le prix de la mémoire amovible et des enregistreurs audionumériques varie lui aussi grandement en fonction surtout du type de mémoire et de la capacité de stockage. Pour la mémoire amovible, le prix d'un Mo va d'environ 50¢ à presque 4 $. En règle générale, plus la capacité de stockage augmente, plus le prix par Mo diminue. Quant à la mémoire non amovible intégrée à un enregistreur audionumérique, le prix d'un Mo peut varier de 2 $ à 3 $ pour les modèles à semiconducteurs, mais peut être aussi peu que 3¢ à 4¢ dans le cas des disques durs. Le prix de détail d'un enregistreur audionumérique d'une capacité de mémoire de 32 Mo se situe donc à environ 115 $ alors qu'un enregistreur audionumérique avec disque dur d'une capacité de 10 Go ou de 20 Go se vend pour environ 350 $ ou presque 600 $, respectivement.

Prices for most types of blank media vary from one retailer to another, both in and outside of Canada. Objectors submitted evidence of comparative pricing in the United States and Canada in an attempt to persuade the Board that incentives exist for cross-border shopping. The Board accepts that well-informed consumers can always find a bargain, but it is not apparent that one can routinely find better deals in the United States, especially when factoring in the exchange rate, costs of shipping and other tangible and intangible barriers.

4. CPCC's Extended Zero-rating Program

Zero-rating is a mechanism, developed and administered voluntarily by CPCC, whereby organizations are made eligible by CPCC to purchase media directly from certain manufacturers, importers or special distributors levy-free.

The current program was implemented in response to objectors who claimed during the first proceedings that it was unfair for those who do not use media to copy music to pay the levy. Although only societies representing the perceptually disabled are exempt by legislation, CPCC undertook to accomodate other categories of purchasers.

The program currently applies only to audiocassettes, Audio CD-R and CD-RWs and MiniDiscs. CPCC invites certain persons or organizations including religious organizations, broadcasters, law enforcement agencies, courts, tribunals, court reporters, provincial ministers of education and members of the Association of Universities and Colleges of Canada, music and advertising industries, to apply for a certificate number allowing them to buy media levy-free. At present, CPCC imposes a minimum purchase requirement of 1000 units per year, although it may allow users to group

Le prix de la plupart des types de supports vierges varie d'un détaillant à l'autre, tant au Canada qu'ailleurs. Les opposants ont soumis des éléments de preuve faisant état de comparaisons entre les prix pratiqués aux États-Unis et au Canada, et ce afin de tenter de convaincre la Commission qu'il y a de bonnes raisons de magasiner outre-frontière. La Commission reconnaît que le consommateur futé peut toujours dénicher des aubaines, mais il n'est pas évident qu'on puisse régulièrement faire de meilleures affaires aux États-Unis, surtout quand on tient compte du taux de change, des frais d'expédition et d'autres contraintes tangibles ou non.

4. Le programme élargi d'exonération de la SCPCP

Le programme d'exonération est un mécanisme, mis au point et géré volontairement par la SCPCP, permettant à des institutions qui se qualifient auprès d'elle, d'acheter des supports directement des fabricants, des importateurs ou des distributeurs spéciaux sans payer de redevance.

Le programme actuel a été mis en œuvre après que les opposants eurent avancé, lors de la première instance, qu'il était injuste pour ceux qui n'utilisent pas de supports pour copier de la musique de payer la redevance. Bien que seules les sociétés représentant les personnes souffrant de déficiences perceptuelles soient exemptées en vertu de la *Loi*, la SCPCP a décidé de tenir compte de la situation d'autres catégories d'acheteurs.

Le programme présentement en vigueur ne s'applique qu'aux cassettes audio, aux CD-R et CD-RW Audio et aux MiniDisc. La SCPCP invite certaines personnes et institutions, dont les organismes religieux, radiodiffuseurs, forces policières, tribunaux judiciaires et administratifs, sténographes judiciaires, ministres de l'éducation provinciaux, membres de l'Association des universités et collèges du Canada, et industries de la musique et de la publicité à faire une demande de numéro de certificat qui leur permettra d'acheter des supports sans payer la redevance. La SCPCP impose une norme d'achat minimum de 1000 unités par année, tout en permettant aux utilisateurs de

their purchases. Purchasers must sign a contract agreeing to restrictions on their use of blank media, and allowing for audits to verify their activities. Purchasers cannot buy media through channels of their choosing, but can only buy from specific sellers, who must also be approved and registered by CPCC.

Manufacturers, importers and certain distributors may be permitted by CPCC to sell media to zero-rated purchasers. If a distributor has signed an agreement with CPCC, it may sell media on a levy-free basis and claim back a credit or refund from the manufacturer or importer, who may in turn claim a credit from CPCC. CPCC may also designate as special distributors those who regularly sell a significant quantity of blank audio recording media to zero-rated users. Special distributors are eligible to purchase media levy-free from manufacturers or importers and avoid the credit/rebate procedures. To be eligible for the program, a seller must contractually agree to the conditions, including audit provisions, imposed by CPCC. As of last December, about 50 organizations had signed up to sell zero-rated media.

Shortly before this hearing, CPCC announced that it intends to make changes to its zero-rating policies. It promised to extend the program to include CD-Rs and CD-RWs, while grand-fathering the program for audiocassettes. It clarified that its list of eligible groups, under the extended program, was not exhaustive and that it would consider an application by any organization. It also said it plans to abolish the minimum purchase requirement. Instead, CPCC intends to require an annual registration fee of $15 for non-commercial users and $60 for commercial users. Although it was previously emphatic that retailers would not be able to participate in the program, during the hearing CPCC expressed a willingness to negotiate on this point. However, CPCC has maintained

regrouper leurs achats. Les acheteurs signent un contrat par lequel ils s'engagent à utiliser des supports vierges uniquement à certaines fins et à permettre la vérification de leurs activités. Ils n'ont pas le choix de la filière d'achat et sont tenus de s'approvisionner auprès de fournisseurs eux-mêmes accrédités et enregistrés par la SCPCP.

La SCPCP permet à certains fabricants, importateurs et distributeurs de vendre des supports à des acheteurs exonérés. Le distributeur ayant signé une entente avec la SCPCP peut vendre des supports sans exiger la redevance et demander un crédit ou remboursement au fabricant ou à l'importateur, qui pourra faire de même auprès de la SCPCP. Celle-ci peut par ailleurs désigner à titre de distributeur spécial les sociétés qui vendent régulièrement une quantité importante de supports audio vierges à des utilisateurs exonérés. Ces distributeurs sont en mesure d'acheter des supports exonérés à des fabricants ou importateurs et n'ont pas à se soumettre à la procédure de demande de crédit et de remise. Pour être admissible au programme, le vendeur doit s'engager par contrat à respecter les conditions imposées par la SCPCP, y compris celles relatives à la vérification. En décembre dernier, une cinquantaine d'organisations avaient signé un contrat en vue de vendre des supports exonérés.

Peu avant cette audience, la SCPCP a annoncé qu'elle projetait de modifier sa politique d'exonération. Elle s'est engagée à étendre le programme aux CD-R et aux CD-RW, tout en préservant les acquis du programme des cassettes audio. Elle a précisé que sa liste des groupes admissibles au programme élargi n'était pas exhaustive et qu'elle était disposée à étudier toute demande que lui soumettrait une organisation. Enfin, elle prévoit abolir l'exigence de l'achat minimum et exiger plutôt des frais d'inscription annuels de 15 $ pour les utilisateurs non commerciaux et de 60 $ pour les utilisateurs commerciaux. Même si elle avait insisté par le passé pour dire qu'elle n'envisageait pas de permettre aux détaillants de participer au programme, elle s'est montrée, à l'audience, prête à négocier ce point. Cela dit, elle a toujours soutenu que son programme doit être viable

throughout that its program must be administratively workable, cost effective and not open to abuse.

Despite CPCC's announcement, the program was the subject of debate amongst the participants. Much of the debate, however, does not concern facts or evidence, but relates to legal and policy issues that are discussed below.

In sum, as a result of all the developments discussed above, this decision marks a crossroads for the Board. Therefore, before proceeding, it is worthwhile describing again the Board's understanding of the legal framework underlying the regime, in order to better focus the issues confronting everyone.

D. The Legality of Private Copying

Part I.A of *Private Copying I* describes the private copying regime. To recapitulate, Part VIII of the *Act* ("Part VIII") came into force on March 19, 1998. Until then, copying a sound recording embodying the performance of a musical work for any purpose not permitted in the *Act* infringed the copyright holder's reproduction right. In practice, copyright owners were unable to prevent or license private copying. The private copying regime was set up as a practical answer to this problem.

Section 80 creates an exception to the exclusive reproduction right; it legalizes private copying onto audio recording media. Section 81 entitles eligible authors, eligible performers and eligible makers to remuneration as compensation for the expropriation of their exclusive rights.[13] Section 82 imposes on those who manufacture or import blank audio recording media for the purpose of trade liability to pay a levy. Section 83 permits a collective society to propose tariffs, and requires the Board to consider and certify the tariff and its terms and conditions.

sur le plan administratif, rentable et imperméable aux abus.

Malgré cette annonce, le programme a suscité des discussions chez les participants. La majeure partie du débat n'a cependant pas porté sur des faits ou la preuve mais plutôt sur des questions juridiques et d'intérêt public qui sont discutées plus loin dans ces motifs.

En résumé, la présente décision marque un tournant pour la Commission en raison de toutes ces nouvelles questions. C'est pourquoi il convient, avant de poursuivre, d'exposer à nouveau la perception qu'a la Commission du cadre législatif qui sous-tend le régime, afin de mieux cerner les questions auxquelles tous sont confrontés.

D. La légalité de la copie privée

La partie I.A de *Copie privée I* décrit en détail le régime de copie privée. Récapitulons un peu. La partie VIII de la *Loi* («partie VIII») est entrée en vigueur le 19 mars 1998. Jusque-là, la reproduction d'un enregistrement sonore d'une œuvre musicale à une fin non permise par la *Loi* violait le droit de reproduction du titulaire du droit. En pratique, les titulaires étaient incapables d'empêcher la copie privée ou de délivrer une licence pour une telle opération. Le régime de copie privée a été créé en tant que solution pratique à ce problème.

L'article 80 prévoit une exception au droit exclusif de reproduction : il légalise la copie privée sur supports audio. L'article 81 donne aux auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles le droit à une rémunération en contrepartie de l'expropriation de leurs droits exclusifs.[13] L'article 82 oblige ceux qui fabriquent ou importent des supports audio vierges à des fins commerciales à payer une redevance. L'article 83 permet à une société de gestion de proposer des tarifs et requiert que la Commission examine et homologue le tarif et ses modalités afférentes.

Certain issues concerning Part VIII have come to light since the enactment of the regime. The Board was asked expressly to comment upon several nuances relating to the legal framework, and in particular upon its relevance to peer-to-peer networks, the application of fair dealing exemptions and other matters.

The exemption in section 80 applies only when a copy is made for the private use of the person making it. This expressly excludes selling, renting out, exposing for trade or rental, distributing, communicating to the public by telecommunication, or performing in public the copy made.[14] This means that making a copy of a CD of the latest release by the hottest star to give to one's friend is still an infringing action, as it is not a copy for personal use. In the same vein, distributing this same copy to friends online is prohibited.

In these proceedings, the liability of persons uploading, distributing or communicating music through these services is not at issue. Nor is the liability of those providing software, operating networks or Internet connections.[15] Peer-to-peer distribution on the Internet is not addressed as such in the regime. In this respect, other copyright considerations certainly apply. However, we are only dealing here with the end copies.

The regime does not address the source of the material copied. There is no requirement in Part VIII that the source copy be a non-infringing copy. Hence, it is not relevant whether the source of the track is a pre-owned recording, a borrowed CD, or a track downloaded from the Internet.

Although the source of the copy does not matter, the destination does. The Board believes that section 80 creates an exemption that applies as long as two conditions are met: the copy must be for the private use of the person making it, and it must be made onto an

Certaines questions touchant la partie VIII ont fait surface depuis l'entrée en vigueur du régime. La Commission a été expressément invitée à commenter diverses nuances qui concernent le cadre législatif et, en particulier, l'utilité de ce cadre pour les réseaux de distribution entre pairs, l'application d'exemptions liées à des cas d'utilisation équitable et d'autres questions.

L'exemption prévue à l'article 80 s'applique uniquement lorsqu'une personne fait une copie pour son usage privé. Sont expressément exclus la vente, la location, l'étalage à des fins commerciales ou de location, la distribution, la communication au public par télécommunication ou l'exécution publique de cette copie.[14] Ainsi, la copie du dernier succès de l'interprète de l'heure faite en vue de la donner à un ami viole toujours le droit d'auteur, puisqu'il ne s'agit pas d'une copie pour usage privé. La distribution de cette même copie à des amis en ligne est elle aussi interdite.

La présente instance ne porte pas sur la question de la responsabilité des personnes qui téléchargent, distribuent ou communiquent de la musique par le biais de ces services, ni, d'ailleurs, des personnes qui fournissent des logiciels, des réseaux d'exploitation ou des services d'accès à Internet.[15] Le régime ne traite pas comme tel de distribution entre pairs. À ce titre, d'autres considérations relatives au droit d'auteur s'appliquent. Toutefois, il n'est question ici que des copies finales.

Le régime ne traite pas de la source du matériel copié. La partie VIII n'exige pas que la copie d'origine soit une copie légale. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si la source de la pièce copiée est une piste appartenant au copiste, un CD emprunté, ou encore une piste téléchargée d'Internet.

Bien que la partie VIII ne se préoccupe pas de la source servant à faire la copie, elle traite par contre du support de destination. La Commission considère que l'article 80 établit une exemption qui s'applique dès lors que deux conditions sont remplies : la copie faite doit être pour l'usage privé du copiste, et sur un

audio recording medium, as defined in section 79.

Some might argue that the exemption requires a certified tariff on a particular kind of medium, or a levy paid on a particular unit, and that media which have never been the subject of a proposed tariff are not covered by the exemption. The Board does not agree.

It would indeed seem illogical that the scope of the exemption could depend on the rights-holders' unilateral choice to propose or not a tariff. For instance, simply because the Board has not been asked to certify a tariff on hard disks in personal computers, it does not follow that private copies made onto such media infringe copyright. Moreover, to argue that a private copy on a particular kind of medium is legal only if a levy was paid on that particular unit would be to add a condition that is not currently included in section 80.

However, an audio recording medium to which no tariff applies because the Board has decided that such a medium is not of a kind ordinarily used by individuals for recording music is, in the Board's opinion, removed from the ambit of the exemption. For instance, in *Private Copying I*, the Board decided that audiocassettes of less than 40 minutes do not attract a levy. Considering the wording of section 80, this means that copying music onto such cassettes infringes copyright. It is, however, for the courts of civil jurisdiction to ultimately determine whether or not there is an infringement of copyright for private copies made onto a specific medium, unless the legislator intervenes.

Another point to discuss relates to other exemptions within the *Act*, in particular fair dealing pursuant to sections 29 or 29.1. The Retailers argue that much private copying is,

support audio tel que défini à l'article 79.

Certains voudront prétendre que l'exemption ne s'applique qu'aux supports faisant l'objet d'un tarif homologué, ou même uniquement aux supports pour lesquels une redevance a été versée, et que les supports n'ayant jamais fait l'objet d'un projet de tarif sont exclus de l'exemption. La Commission n'est pas d'accord.

Il serait en effet illogique que la portée de l'exemption dépende de la décision unilatérale des ayants droit de proposer ou non un tarif. Ainsi, il ne faut pas conclure du fait que la Commission n'est pas saisie d'une demande de tarif à l'égard des disques durs d'ordinateurs personnels que la réalisation de copies pour usage privé sur de tels supports viole le droit d'auteur. De plus, prétendre que la copie privée n'est légale que si elle est faite sur un support audio sur lequel une redevance aurait été versée serait ajouter une condition qui n'est pas prévue à l'article 80.

Par contre, un type de supports non assujetti à un tarif parce que la Commission a décidé qu'il ne s'agissait pas d'un support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour copier de la musique est, de l'avis de la Commission, exclu de l'exemption. À titre d'exemple, dans *Copie privée I*, la Commission décrétait, par exemple, que les cassettes audio de moins de 40 minutes ne seraient pas sujettes à un tarif. Considérant le libellé de l'article 80, il faut conclure que la copie privée sur ces cassettes enfreint le droit d'auteur. Ce sont toutefois les tribunaux judiciaires qui ultimement détermineront s'il y a ou non violation du droit d'auteur pour une copie privée faite sur un support spécifique, à moins que le législateur n'intervienne.

L'autre point à traiter se rapporte aux autres exemptions prévues dans la *Loi*, en particulier aux formes d'utilisation équitables décrites dans les articles 29 ou 29.1. Les détaillants soutiennent que,

and always was, fair dealing. They suggest that many consumers "research" potential purchases by first making private copies. Hence, according to the Retailers, such activities should be accounted for in determining the levy rates.

dans une large mesure, la copie privée représente et a toujours représenté une forme d'utilisation équitable. Ils laissent entendre que bien des consommateurs font des copies privées à des fins de «recherche» relativement à des achats éventuels. C'est pourquoi ces activités devraient être prises en considération, selon les détaillants, aux fins de l'établissement des taux de redevances.

It is not necessary for the Board to comment on the scope of the fair dealing exemption in this case. In the Board's view, it is irrelevant whether or not some private copying was previously fair dealing. All private copying is now exempt, subject to a corresponding right of remuneration. Put another way, any private copying that might formerly have been fair dealing is now subsumed within the express exemption in section 80 of the *Act*.

En l'espèce, la Commission n'a pas à se prononcer sur la portée de l'exemption relative à l'utilisation équitable. De l'avis de la Commission, il n'importe pas de savoir si certaines opérations de copie privée constituaient par le passé des formes d'utilisation équitable. Elles sont maintenant toutes exemptées, sous réserve d'un droit à une rémunération correspondant. En d'autres termes, toute copie privée qui était peut-être jadis une forme d'utilisation équitable est maintenant visée par l'exemption expresse énoncée dans l'article 80 de la *Loi*.

E. Zero-Rating Program: Jurisdictional Issues

The Board explained in previous decisions that the private copying regime, in particular section 82, is universal. By this it meant that a levy is payable on every blank audio recording medium manufactured or imported in Canada for the purpose of trade. One limited exemption aside,[16] the law states that every manufacturer or importer acting for the purpose of trade is liable to pay the levy on every audio recording medium, regardless of the ultimate purchaser's identity or the medium's ultimate use. It is generally accepted that the costs of the levy are passed on to end users. Yet, it is an open question whether Parliament intended all end users to bear the burden, or merely those individual consumers who copy music.

E. Programme d'exonération de la redevance : questions juridictionnelles

La Commission a expliqué dans ses décisions antérieures que le régime de copie privée, l'article 82 en particulier, est universel. La Commission entendait par cela qu'une redevance est exigible sur tout support audio vierge fabriqué ou importé au Canada à des fins commerciales. Exception faite d'une exemption limitée,[16] la *Loi* prévoit que tout fabricant ou importateur agissant à des fins commerciales est tenu de payer la redevance sur chaque support audio, peu importe l'identité du dernier acheteur ou l'utilisation finale qui en sera faite. Il est généralement reconnu que ce coût est passé aux utilisateurs. Mais l'on ne sait pas si le législateur souhaitait que tous ces utilisateurs assument ce fardeau ou qu'il n'incombe qu'aux consommateurs qui copient de la musique.

Some believe that the regime cannot survive, in its current form, without some reprieve for

Certains pensent que le régime ne peut survivre dans sa forme actuelle si aucun répit n'est accordé à ceux

those who do not private copy. Since the *Act* provides no formal mechanism to accommodate those persons, CPCC submits the task falls to it. By removing those who cannot copy music from the effects of the regime, CPCC likens itself to Michelangelo removing marble to reveal a pre-existing sculpture.[17] That is, Parliament must have intended CPCC to insulate them from the scope of the regime through zero-rating.

qui ne font pas de copie privée. Comme la *Loi* ne prévoit aucun mécanisme formel permettant de le faire, la SCPCP avance qu'il lui revient de s'acquitter de cette tâche. En soustrayant ceux qui ne peuvent pas copier de musique aux effets du régime, la SCPCP dit agir tel Michel-Ange qui sculpte le marbre afin de révéler une forme préexistante.[17] Selon la SCPCP, le législateur souhaitait donc qu'elle soustraie ceux-ci à l'application du régime en instaurant un système d'exonération.

The Board believes that if Parliament intended to insulate non copiers from the effects of the regime, it could have and would have established mechanisms within the *Act*. Yet Part VIII includes only one exception, to accommodate perceptually disabled persons. The Governor in Council has the power to exclude from the regime media that would otherwise be subject to a levy. That power has not been exercised. Alternatively, Parliament might have provided the Board with the tools to accommodate those who do not use blank media to copy music. But the *Act* delegates no such authority to the Board.

De l'avis de la Commission, si le législateur avait eu l'intention de soustraire aux effets du régime ceux qui ne copient pas de musique, il aurait tout simplement prévu dans la *Loi* les mécanismes qui s'imposent. Or, la partie VIII ne prévoit qu'une seule exception, visant les personnes ayant une déficience perceptuelle. Le gouverneur en conseil a aussi le pouvoir d'exclure du régime des supports qui seraient autrement assujettis à une redevance; il ne l'a pas fait. De manière alternative, le législateur aurait pu mettre à la disposition de la Commission des mesures lui permettant de régir les personnes qui n'utilisent pas des supports vierges pour copier de la musique, mais la *Loi* ne lui confère pas un tel pouvoir.

All of these considerations suggest strongly that, under the existing legal framework, only those mentioned expressly were intended to be exempt from payment of the levies. It is not for the Board, nor CPCC, to assume the role of the legislator by implying additional exemptions, reasoning that they should be implied from the wording of the *Act*. In another context, when asked whether the right to make ephemeral recordings was implicitly included in the right to broadcast a performance, the Supreme Court of Canada stated that: "Furthermore, an implied exemption to the literal meaning of s. 3(1)(d) is all the more unlikely, in my opinion, in light of the detailed and explicit exemptions in s. 17(2) (now s. 27(2)) of the *Act*...". It also added that: "if such a change is to be made to the *Act*, it should be made by the legislature,

Toutes ces considérations donnent fortement à penser que, dans le cadre législatif actuel, seules les parties expressément désignées bénéficient d'une exemption. Il ne revient pas à la Commission ou à la SCPCP de se substituer au législateur en sous-entendant d'autres exemptions sous prétexte qu'elles sont implicites de par l'économie de la *Loi*. Dans un autre contexte, en répondant à la question de savoir si le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre comporte celui d'effectuer des copies éphémères, la Cour suprême du Canada statuait que : «De plus, une exception implicite au sens littéral de l'al. 3(1)d) est, à mon avis, d'autant moins plausible que le par. 17(2) (maintenant par. 27(2)) de la *Loi* prévoit des exceptions expresses et détaillées...». Elle a aussi ajouté que : «s'il faut apporter cette modification à la *Loi*, il faut que ce soit fait par le législateur et non par le moyen d'une interprétation forcée.»[18] Tel que l'ont souligné les

and not by a forced interpretation."[18] As submitted by the Retailers, even if the *Act* allowed some form of implied exemption scheme, then responsibility for it would certainly lie with the Board and not with the regime's primary beneficiaries.

détaillants, même si la *Loi* prévoyait quelque forme que ce soit d'exemption sous-entendue, la responsabilité devrait nécessairement en revenir à la Commission, et non aux bénéficiaires du régime.

As outlined above, CPCC has undertaken voluntarily to "zero-rate" certain transactions. There are three recurring themes throughout the arguments on this topic.

Tel qu'exposé ci-haut, la SCPCP a, de son propre chef, exonéré certaines transactions. Trois thèmes récurrents ressortent des arguments entendus à ce sujet.

First, some objectors have concerns that are either principled or pragmatic. They question the appropriateness of a voluntary exemption designed and administered directly by the beneficiaries of the levy. Most of them take the position that the Board has jurisdiction to deal with this issue, and must not leave the matter to CPCC. They propose various ways for the Board itself to address the issue, including a zero-levy or a refund scheme.

Premièrement, certains opposants ont des préoccupations de principe ou pratiques. Ils remettent en cause le bien-fondé d'une exemption volontaire conçue et administrée directement par les bénéficiaires de la redevance. La plupart d'entre eux jugent que la Commission a compétence pour régler ce problème et qu'elle ne doit pas laisser la SCPCP s'en occuper. Ils proposent diverses solutions que la Commission pourrait mettre en application, dont l'exonération ou un programme de remboursement.

Others objectors do not object to the concept of zero-rating *per se*, but insist that the Board ensure the program is fair and equitable. It must not be too onerous, bureaucratic and time-consuming. Some specifically take issue with audit requirements and registration fees, and complain that zero-rated media are only available from limited sources.

D'autres opposants ne s'opposent pas à l'idée d'une exonération en tant que telle, mais insistent pour que la Commission veille à ce que le programme soit juste et équitable. En outre, il ne doit pas être trop onéreux, bureaucratisé ou chronophage. Certains s'opposent expressément aux exigences en matière de vérification et aux frais d'inscription, et se plaignent que les supports exonérés ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un nombre limité de sources.

Second, manufacturers, importers and retailers all say zero-rating is illegal and inherently unauthorized. They argue that the Board and CPCC have only the jurisdiction conferred upon them by Parliament, and exemptions can only be created by statute. They emphasize that had Parliament intended there to be more than one exemption in the statute, it would have said so. According to this argument, it is not within the purview of the Board, nor CPCC, to assume the role of lawmaker. The Retailers add that the zero-rating program simply disguises inherently flawed legislation.

Deuxièmement, les fabricants, importateurs et détaillants soutiennent tous que l'exonération est une mesure illégale et intrinsèquement interdite. Selon eux, la Commission et la SCPCP n'ont que les pouvoirs que leur a attribués le législateur; seule la *Loi* peut prévoir des exemptions. Ils soulignent que si le législateur avait souhaité que la *Loi* prévoie plus d'une exemption, il l'aurait fait. Selon cet argument, il incombe ni à la Commission ni à la SCPCP d'assumer le rôle du législateur. Les détaillants ajoutent que le programme d'exonération ne sert qu'à camoufler une *Loi* intrinsèquement déficiente.

The Retailers submit, in the alternative, that if zero-rating is necessary, then the Board itself must use its "blank cheque" to address the issue within the tariff.[19] They argue that it is illegal for the Board to delegate responsibility for this program to the beneficiaries of the levy. At the very least, according to the Retailers, the Board must exercise its "supervisory responsibility"[20] and establish guidelines for the program.

From a practical standpoint, the Retailers' objections focus on the market distortions that zero-rating creates; they do not want to lose retail sales to customers who must buy only from authorized suppliers of zero-rated media. Hence, they argue that CPCC's current program, which excludes them from participating, is also unfair and arbitrary. Manufacturers' and importers' concerns are similarly practical; they do not want to be burdened with the administrative inconvenience that zero-rating creates.

Third, rights-holders said in the first proceedings that the Board cannot create exemptions; the Board cannot say that manufacturers and importers need not pay a levy on sales to certain end users. However, rights-holders recognized that some might consider it unfair for certain non-copiers to pay the levy and undertook to remedy the problem. In the second proceedings, their arguments in respect of zero-rating were mainly economic. In effect, they wanted the Board to compensate for this program by raising the levy rates.

In the present proceedings, rights-holders argue that the Board has no control over, or power to stop them from, zero-rating. Once zero-rating has occurred, they say it is fair and equitable that they not suffer as a result. In short, rights-holders say zero-rating is only relevant to the Board as a market reality that

À titre subsidiaire, les détaillants estiment que si ce programme est nécessaire, la Commission devrait alors se servir de son [TRADUCTION] «chèque en blanc» pour traiter de la question dans le tarif même.[19] Ils avancent que la Commission agit de façon illégale lorsqu'elle délègue les responsabilités liées au programme aux bénéficiaires de la redevance. À tout le moins, affirment-ils, la Commission doit s'acquitter de son [TRADUCTION] «mandat de surveillance»[20] et établir des lignes directrices pour le programme.

Au niveau pratique, les objections des détaillants portent sur les dérèglements de marché qu'engendre l'exonération. Ils ne veulent pas perdre des ventes au détail à des clients tenus de s'approvisionner auprès de fournisseurs autorisés à vendre des supports exonérés. Ils soutiennent donc que le programme actuel, dont ils sont exclus, est injuste et arbitraire. Les préoccupations des fabricants et des importateurs ont un aspect pratique comparable. Ces derniers ne veulent pas s'encombrer des tracasseries administratives liées à un tel programme.

Troisièmement, les titulaires de droits ont déclaré, lors de la première instance, que la Commission ne peut créer d'exemptions; la Commission ne peut décréter que les fabricants et importateurs n'ont pas à verser de redevances sur la vente de supports à certains utilisateurs. Cependant, les titulaires de droits ont reconnu que certains pourraient considérer qu'il est injuste que certaines personnes qui ne font pas de copies payent la redevance, et ils ont donc entrepris de régler le problème. Lors de la deuxième instance, leurs arguments au sujet de l'exonération de la redevance étaient d'ordre essentiellement économique. De fait, ils voulaient que la Commission augmente les taux de redevances pour compenser les effets du programme.

En l'espèce, les titulaires de droits soutiennent que la Commission n'a aucune emprise sur le programme et qu'elle ne peut les empêcher d'accorder des exonérations. Dès l'entrée en vigueur du programme, ajoutent-ils, il n'est que juste qu'ils ne soient pas lésés par sa mise en œuvre. Bref, ils estiment que l'exonération n'est significative pour la Commission

should be accounted for after it has occurred. They submit that their program is implicitly in accordance with the purposes of the regime. Indeed, because the *Act* is silent, CPCC submits it must accommodate those who cannot copy music.

qu'en tant que réalité propre au marché devant être prise en considération après sa mise en place. Ils affirment que leur programme est implicitement en accord avec l'objet du régime. De fait, parce que la *Loi* est muette à ce sujet, la SCPCP estime qu'elle doit s'occuper de ceux qui ne peuvent pas copier de musique.

The Board's predicament is as follows. If it creates an exemption in the tariff, it will hear cries that it acted beyond its jurisdiction. If it does not, it will be accused of failing to exercise its jurisdiction and refusing to act fairly and equitably.

Le dilemme qui se pose à la Commission est le suivant : si elle ajoute une exemption au tarif, on l'accusera d'avoir outrepassé sa compétence. Dans le cas contraire, on lui reprochera de ne pas exercer sa compétence et de refuser d'agir de manière juste et équitable.

Much turns on the interpretation of the legal framework surrounding the regime. If Parliament intended the burden of the levy to be borne by all end users, except those specifically exempted by legislation, then zero-rating goes against that purpose. If instead Parliament intended the costs of the levy to be borne ultimately only by those end users who engage in private copying, then zero-rating works toward that end. The question that would follow is whether the Board can legitimately leave this task to rights-holders.

Une bonne part de l'issue de cette affaire dépend de l'interprétation donnée au cadre législatif du régime. Si le législateur entendait que le fardeau de la redevance soit réparti entre tous les utilisateurs, sauf ceux expressément exemptés aux termes de la *Loi*, l'exonération est incompatible avec l'économie du régime. Si le législateur voulait plutôt que ce coût ne soit assumé en bout de piste que par ceux et celles s'adonnant à la copie privée, l'exonération de la redevance devient une mesure utile; il faut ensuite se demander si la Commission peut légitimement laisser cette responsabilité aux titulaires de droits.

There are valid arguments in favour of zero-rating. By definition, a business or other organization cannot engage in private copying. Thus, from a policy standpoint, they may not be the purpose for, nor the beneficiaries of the private copying regime. A mechanism that removes such stakeholders from the ambit of the levies might further strengthen the nexus between the regime and its goals, and might also reduce the incentive to turn to foreign suppliers for blank media purchases.

Des arguments valables militent en faveur de l'exonération. Par définition, une entreprise ou autre institution ne peut faire de copie privée. Du point de vue politique, elles ne font pas l'objet du régime, pas plus qu'elles en tirent un bénéfice. Un mécanisme qui les soustrait à l'application de la redevance renforcera peut-être le lien entre le régime et les objectifs s'y rattachant, et dissuadera peut-être aussi les achats de supports vierges auprès de fournisseurs étrangers.

There are less compelling reasons for an exemption for individual consumers who do not private copy. The evidence suggests, for example, that 80-90 per cent of consumers use some blank CDs to copy music, and 40 per cent use blank CDs for no other purpose.

Les raisons d'accorder une exemption aux consommateurs qui ne font pas de copie privée sont moins convaincantes. Selon la preuve, par exemple, 80 à 90 pour cent des consommateurs se servent de CD vierges pour copier de la musique, et 40 pour cent n'en utilisent qu'à cette seule fin. Tous les

Although not all individuals use all media for that purpose, we must bear in mind that the rate is discounted to reflect this fact.[21] Also, the *Act* legalizes private copying in Canada; there is value in the option to private copy, even for those who choose not to exercise that option.

Regardless, the question is not whether or not zero-rating is desirable, but whether or not the Board, or CPCC, is legally authorized to initiate such a program. Because there is no legislative guidance to the contrary, the Board believes it does not have the legal authority delegated from Parliament to exempt those who are, under the *Act*, liable for the payment of levies. As structured, the zero-rating program creates exemptions. For all these reasons, the Board considers that the program has no legal basis and is therefore illegal. The Board is greatly relieved that lawmakers have recognized the problems associated with this issue in the recent report on the provisions and operation of the *Act*.[22]

The Federal Court of Appeal has held recently that the Board has broad discretion when establishing terms and conditions related to tariffs.[23] Should zero-rating implicitly be an intrinsic part of the private copying regime, then the Board should administer the exemption, not CPCC. Thus, if zero-rating is indeed a necessary component of a workable regime, then the Board could incorporate the program as part of the "terms and conditions related to [the] levies as the Board considers appropriate".[24] CPCC could then administer it as part of the tariff. As the *Act* now stands, the most untenable response is to delegate ultimate control to the beneficiaries of the regime.

Aside from the lack of legal support for zero-rating, the Board has some serious reservations about the fairness of the proposed implementation of CPCC's extended

supports achetés par des particuliers ne servent pas à copier de la musique; cela dit, il faut se rappeler que le taux est ajusté pour en tenir compte.[21] Enfin, la *Loi* légalise la copie privée au Canada; l'option de faire de la copie privée a une valeur, même pour ceux qui choisissent de ne pas l'exercer.

Quoi qu'il en soit, la question n'est pas de savoir s'il est désirable d'instituer un programme d'exonération, mais plutôt de déterminer si soit la Commission, soit la SCPCP sont légalement habilitées à mettre en place un tel programme. En raison de l'absence d'indications législatives contraires, la Commission croit que le législateur ne lui a pas attribué la compétence d'exempter ceux qui, aux termes de la *Loi*, sont tenus de payer une redevance. Sous sa forme actuelle, le programme d'exonération crée des exemptions. Pour toutes ces raisons, la Commission considère que le programme est sans fondement juridique, et donc illégal. La Commission est grandement soulagée de savoir que les ministères ont reconnu les problèmes liés à cette question dans le récent rapport sur les dispositions et l'application de la *Loi*.[22]

La Cour d'appel fédérale a statué récemment que la Commission possède un pouvoir discrétionnaire étendu quand vient le moment de fixer les modalités relatives aux tarifs.[23] Si l'exonération devait être une mesure intrinsèque au régime de copie privée, c'est à la Commission, et non à la SCPCP, que reviendrait de la mettre en place. Par conséquent, si l'exonération de la redevance constitue véritablement une composante nécessaire d'un régime viable, c'est à la Commission qu'il incomberait d'intégrer le programme dans le cadre des modalités afférentes aux redevances qu'elle estime indiquées.[24] La SCPCP pourrait par la suite gérer le programme comme partie intégrante d'un tarif. En vertu de la *Loi* telle que libellée en ce moment, l'approche la moins défendable consiste à déléguer le pouvoir ultime aux bénéficiaires du régime.

Hormis le fait que le programme d'exonération est sans fondement sur le plan juridique, la Commission a de sérieuses réserves sur l'équité du projet de mise en œuvre du programme élargi de la SCPCP. Ce

program. The program has been tested on the audiocassette market, to the extent that end users complain much less about the levy on that medium. However, its possible effects on other markets, especially blank CDs, cause grave concerns.

First, the stakes are much higher in the context of blank CDs because of the number of units that might be zero-rated. CSMA and the Retailers made clear that zero-rating creates serious distribution problems, because it forces sales outside the normal supply chain. The number and breadth of types of organizations that might be zero-rated are much greater than in the audiocassette market. CPCC's own estimates, which it acknowledges are only rough guesses, puts the number of potential registrants in the thousands. By even the most conservative estimates, one would not be surprised if tens of millions of units were diverted from existing channels of distribution. Second, objectors expressed reluctance to pay any registration fees. Some objectors also expressed concerns about the potential for arbitrary application of the program.

Another concern relates to possible future compensation for the program. The Board's role is to establish the levy rates and their related terms and conditions. Once that is done, the Board cannot compel CPCC to collect the levies, if it has so decided. CPCC has indicated that it intends to ask for compensation for zero-rated CDs in the next tariff. The Board is concerned about the impact of such a request on the level of the levy rate. However, it must be noted that in this instance, CPCC has not asked the Board to increase the levy rate on CDs in anticipation of the extended zero-rating program.[25]

The potentially serious effects of zero-rating on the CD market are themselves sufficient to

programme a été mis à l'essai sur le marché des cassettes audio, et les utilisateurs se plaignent beaucoup moins de la redevance sur ce type de supports. Toutefois, ses effets potentiels sur d'autres marchés, notamment celui des CD vierges, suscitent d'importantes préoccupations.

Premièrement, les enjeux sont beaucoup plus élevés dans le cas des CD vierges en raison du nombre d'unités pouvant être exonérées. La CSMA et les détaillants ont clairement dit que l'exonération occasionne de graves problèmes de distribution parce que les ventes doivent sortir de la chaîne d'approvisionnement habituelle. Le nombre et la taille des types d'institutions potentiellement admissibles à une exonération sont beaucoup plus importants que dans le cas du marché des cassettes audio. Selon les estimations de la SCPCP (qui reconnaît qu'il s'agit d'une évaluation grossière), le nombre d'adhérents potentiels se situerait dans les milliers. Même si l'on s'en tient aux évaluations les plus conservatrices, il ne serait pas surprenant que des dizaines de millions d'unités soient détournées des circuits de distribution existants. Deuxièmement, les opposants se sont dits réticents à payer des frais d'inscription, et certains opposants, inquiets des possibilités d'arbitraire dans l'application du programme.

La compensation future éventuelle de la SCPCP pour le programme d'exonération constitue une autre préoccupation. Le rôle de la Commission consiste à établir les taux de redevances et les modalités afférentes. Une fois qu'ils sont établis, elle ne peut forcer la SCPCP à percevoir les redevances, si tel est son choix. La SCPCP a fait part de son intention de demander que le prochain tarif que la Commission homologuera soit compensé pour les CD exonérés. La Commission se préoccupe de l'impact qu'une telle requête pourrait avoir sur le niveau du taux de la redevance. Il faut cependant garder à l'esprit que dans la présente affaire, la SCPCP n'a pas demandé à la Commission d'accroître le taux de la redevance sur les CD en anticipation du programme d'exonération élargi.[25]

Les effets potentiellement graves de l'exonération sur le marché des CD expliquent à eux seuls le

explain the change in the Board's views. Yet, to be blunt, the reason that the Board has reconsidered its response to zero-rating is that it could not foresee the effects of the program. During the last proceedings, zero-rating was not the pivotal issue it is now. The Board heard little argument on the topic, and there was little indication of its broader implications. This decision is based upon a more complete record.

II. CONSTITUTIONAL MATTERS

The constitutionality of Part VIII of the *Act* was addressed in *Private Copying I*. At that time, there were three principal attacks on the regime. First, it was alleged that the regime is not copyright law, and hence *ultra vires* the legislative competence of Parliament. Second, it was argued that the regime is merely a disguised tax, which was not enacted following proper procedural requirements. Third, it was submitted that the regime violates paragraph 2(*a*) and section 15 of the *Charter of Rights and Freedom*.[26]

In these proceedings, the Retailers reiterate only the first two of these attacks. The Board is not persuaded that any of the arguments are genuinely novel, and therefore it adopts the reasoning from its previous decision. Nevertheless, some nuances should be addressed.

A. Is Part VIII Copyright Law?

The allegation that Part VIII is not, in pith and substance, a matter of copyright law is again put forward. It is once again submitted that there is no connection between those who are liable to pay the levy (the manufacturers and importers) and those media which may or may not be used to private copy. Furthermore, it is alleged that the regime is cast too broadly: those who must pay the levy have no control over the use to which the blank audio recording media will be put.

changement d'opinion de la Commission. Mais pour tout dire, si la Commission a reconsidéré sa position sur l'exonération de la redevance, c'est parce qu'elle ne pouvait prévoir l'impact du programme. Lors de la dernière instance, l'exonération n'était pas la question fondamentale qu'elle est maintenant devenue. La Commission avait entendu peu d'arguments à ce sujet, et on soupçonnait peu l'incidence considérable qu'elle pouvait avoir. La présente décision se fonde sur un dossier plus complet.

II. QUESTIONS D'ORDRE CONSTITUTIONNEL

Copie privée I traite de la constitutionnalité de la partie VIII de la *Loi*. À l'époque, le régime avait été contesté pour trois motifs principaux. Premièrement, on avait soutenu qu'il ne relève pas du droit d'auteur et qu'il outrepasse la compétence fédérale. Deuxièmement, on avait affirmé que le régime n'est qu'une taxe déguisée, qui n'a pas été adoptée selon les règles de procédure appropriées. Troisièmement, le régime, avait-on dit, contrevient à l'alinéa 2*a*) et à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.[26]

Dans cette instance, les détaillants reviennent uniquement avec les deux premiers motifs. La Commission n'est pas convaincue que les arguments avancés sont véritablement nouveaux et elle adopte donc le raisonnement suivi dans sa première décision. Il reste néanmoins à traiter de certaines nuances.

A. La partie VIII relève-t-elle du droit d'auteur?

On allègue à nouveau que la partie VIII ne relève pas, de par son caractère véritable, du droit d'auteur. On souligne à nouveau qu'il n'y a pas de lien entre ceux qui doivent payer la redevance (les fabricants et les importateurs) et les supports qui sont utilisés ou non à des fins de copie privée. De plus, on soutient que le régime ratisse trop large : ceux qui doivent payer la redevance n'ont aucune emprise sur l'utilisation qui sera faite du support audio vierge.

Once again, the Board must reiterate that the dominant feature of Part VIII, when one looks at its pith and substance, is within the scope of copyright law. It is irrelevant that some sections of the private copying regime, namely, sections 81 and 82, do not explicitly mention the word "copyright". This regime is clearly a subject-matter for copyright.

Mr. Pitt notes that section 81 makes it clear that the remuneration paid by importers and manufacturers of blank audio recording media is "in respect of the reproduction for private use of ...musical works".[27] To the Board, the words "in respect of" indicate that Parliament recognized that payers of the levy do not themselves engage in the reproduction of musical works. This alone does not mean that the regime is not copyright law. Instead it means the Board must strive to correlate the amount of the levies with private copying habits, the value of consumers' exemption from liability, the remuneration due to rights-holders and other underlying rationales for the private copying regime.

Section 82 sets out clearly who will pay the levy, to whom and why. It is clearly linked to the preceding section, and to the overall regime. To claim that these sections, and the concept of "blank" media, are somehow "anti-copyright" is simply wrong. To determine the pith and substance of Part VIII, two aspects must be examined: the purpose of the legislation, and its legal effects.

The purpose of the private copying regime was examined above; it is clear that its existence depends on the reproduction right, and the inability of rights-holders to enforce it in the context of mass infringement. This goes to the "mischief" or the problem that Parliament sought to solve through the legislation.[28]

Encore une fois, la Commission doit répéter que l'élément prédominant de la partie VIII, quand on examine son caractère véritable, relève du droit d'auteur. Il importe peu que l'expression «droit d'auteur» ne figure pas explicitement dans certaines dispositions du régime de copie privée, dont les articles 81 et 82. Ce régime est à n'en pas douter lié au droit d'auteur.

M. Pitt souligne que la version anglaise de l'article 81 prévoit spécifiquement que la rémunération versée par les importateurs et fabricants de supports audio vierges l'est «*in respect of the reproduction for private use of ...musical works*».[27] Selon la Commission, en utilisant l'expression «*in respect of*», le législateur reconnaît que ceux qui payent la redevance ne s'adonnent pas eux-mêmes à la reproduction d'œuvres musicales. Cela ne suffit pas à établir que le régime est autre chose que du droit d'auteur. Cela signifie plutôt que la Commission doit s'employer à établir une corrélation entre le montant des redevances et les habitudes en matière de copie privée, la valeur des exemptions accordées aux consommateurs, la rémunération à verser aux titulaires de droits et les autres principes sous-jacents au régime.

L'article 82 établit clairement qui paye la redevance, à qui on la verse et ce pourquoi on le fait. Il se rapporte de toute évidence à l'article précédent tout comme au régime dans son ensemble. Il est tout simplement erroné de prétendre que ces articles et la notion de support «vierge» sont antithétiques au droit d'auteur. Afin de cerner le caractère véritable la partie VIII, il faut examiner deux aspects : l'objet du régime et ses effets sur le plan juridique.

L'objet du régime de copie privée est décrit plus haut. Il est évident que le régime existe parce que le droit de reproduction existe et parce que les titulaires sont incapables de le faire respecter dans un contexte de violation massive. Voilà ce qui détermine l'injustice ou problème, que le législateur a cherché de régler en adoptant la *Loi*.[28]

The effects of the regime are also clear; rights-holders are remunerated, and individual Canadians who indulge in private copying now do so legally. That the price for doing so is borne, in part, by those who do not private copy is not relevant in deciding whether the regime is copyright law in pith and substance. Viewed from its purpose and its effects, Part VIII is a valid exercise of Parliament's jurisdiction over copyright law. All sections of the regime are clearly and tightly linked to Parliament's goal to compensate rights-holders in respect of the reproduction of music for private use.

Les effets du régime sont eux aussi clairs : les titulaires de droits touchent une rémunération et les Canadiens qui s'adonnent à la copie privée le font maintenant en toute légalité. Le fait que des gens qui ne se livrent pas à cette pratique en paient une partie du prix n'est pas pertinent pour répondre à la question de savoir si le régime, de par son caractère véritable, relève du droit d'auteur. Considérée sous l'angle de son objet et de ses effets, la partie VIII est le fruit d'une incursion réussie du législateur dans le domaine du droit d'auteur. Chacune des dispositions qui forment le régime concourent clairement et avec rigueur à l'objectif du législateur, qui est de compenser les titulaires de droits pour la copie pour usage privé de musique.

B. Is the Private Copying Levy a Tax?

B. La redevance sur la copie privée constitue-t-elle une taxe?

Once again, the argument that the private copying levy is a tax has been put forward.[29] For reasons stated in *Private Copying I*,[30] and adopted here, the Board does not believe that the levy is a tax. Nothing material has been brought forth since then to warrant a change in the Board's analysis of this issue.

Encore une fois, on avance l'argument selon lequel la redevance sur la copie privée est une taxe.[29] Pour les motifs énoncés dans *Copie privée I*,[30] lesquels sont adoptés dans les présentes, la Commission ne croit pas que la redevance soit une taxe. Aucun argument de poids n'a été présenté depuis qui serait de nature à amener la Commission à changer de point de vue sur cette question.

However, the question of nomenclature should be addressed. Much has been made about the difference or similarity between the nouns "levy", "royalty" and "tax", in both English and French. In particular, the Retailers submit that the only overlap in the translations of "levy" and "*redevance*" involves the word "tax". The Board rejects this argument, as it would attach too much importance to mere labels. The analysis is better served by asking whether the regime is, by design or in practice, a tax or a type of regulatory charge.

Néanmoins, il faut aborder la question de la nomenclature. On a beaucoup parlé des différences ou des similitudes d'ordre sémantique entre les mots «redevance» (*levy* et *royalty*) et «taxe», tant en anglais qu'en français. Les détaillants soutiennent, pour leur part, que le seul chevauchement entre les mots «*levy*» et «redevance» est la notion de «taxe». La Commission rejette cet argument, car il met trop l'accent sur de simples étiquettes. Aux fins de l'analyse, il vaut mieux se demander si le régime constitue, de par sa conception ou en pratique, une taxe ou une sorte de prélèvement de nature réglementaire.

The Retailers describe a royalty as "financial consideration paid for the right to use the copyright or patent or to exercise a similar incorporeal right..."[31] In essence, this description mirrors a user fee. According to

Les détaillants décrivent la redevance comme [TRADUCTION] «une contrepartie financière versée pour le droit d'utiliser un droit d'auteur ou un brevet, ou d'exercer un droit incorporel similaire...»[31] Cette description renvoie, pour

CPCC, a user fee is only one type of regulatory charge. That is, even if the levy is not a user fee, it can still be a regulatory charge and hence not a tax. In *Westbank First Nation* v. *British Columbia Hydro and Power Authority*,[32] the Supreme Court commented on an earlier judgment, *Eurig Estate (Re)*.[33] In this judgment, Major J. stated that, "[a]nother factor that generally distinguishes a fee from a tax is that a nexus must exist between the quantum charged and the cost of the service provided".[34] The Court in *Westbank* described this "nexus" requirement as "another possible factor to consider"[35] when attempting to distinguish a tax from a user fee. It held that a user fee is merely "a subset of regulatory charges".[36]

According to CPCC, *Westbank* suggests that the "nexus" requirement is not necessarily applicable in this case, as nobody is suggesting that the levy is a user fee. CPCC submits that the Retailers have concentrated on the wrong sort of regulatory scheme; the absence of a nexus between the amount charged and the cost of the service provided is not always indicative of a tax.

The Board agrees with CPCC's interpretation of the Supreme Court's comments in *Westbank*. Hence, the fact that CPCC recognizes it does not provide any service to manufacturers or importers in exchange for payment of the levy (the reason for which it claims it does not collect nor remit goods and services tax on the levies) does not necessarily mean that the levy is a tax.

Even if the Board is mistaken in this conclusion, however, it continues to believe, for the reasons discussed in *Private Copying I*, that a sufficient nexus exists to render the levy a regulatory charge rather than

l'essentiel, à un droit d'utilisation. Selon la SCPCP, un droit d'utilisation n'est qu'un type de prélèvement de nature réglementaire parmi d'autres. Par conséquent, même si la redevance n'est pas un droit d'utilisation, elle peut quand même constituer un prélèvement de nature réglementaire et donc, autre chose qu'une taxe. Dans *Première nation de Westbank* c. *British Columbia Hydro and Power Authority*,[32] la Cour suprême a commenté un jugement précédent, *Succession Eurig (Re)*.[33] Dans ce jugement, le juge Major avait déclaré «[i]l est un autre facteur qui permet généralement de distinguer des frais d'une taxe : il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni».[34] Dans *Westbank*, la Cour affirme que cette exigence d'un «rapport» est «un autre élément possible»[35] à considérer lorsqu'on tente de distinguer une taxe d'un droit d'utilisation. Elle affirme également que les frais d'utilisation sont un simple «sous-ensemble des redevances de nature réglementaire».[36]

Selon la SCPCP, l'arrêt *Westbank* laisse entendre que l'exigence d'un «rapport» ne s'applique pas nécessairement en l'espèce, car personne ne suggère que la redevance est un droit d'utilisation. La SCPCP soutient que les détaillants ont mis l'accent sur le mauvais type de régime réglementaire; l'absence de rapport entre la somme demandée et le coût du service fourni ne veut pas nécessairement dire qu'il s'agit d'une taxe.

La Commission souscrit à l'interprétation que fait la SCPCP des commentaires formulés par la Cour suprême dans l'arrêt *Westbank*. Ainsi, même si la SCPCP reconnaît qu'elle ne fournit aucun service aux fabricants ou aux importateurs en contrepartie du paiement de la redevance (la raison même pour laquelle elle affirme ne pas percevoir la taxe sur les produits et services sur la redevance), cela ne signifie pas nécessairement que la redevance est une taxe.

Peu importe que la Commission erre ou non en tirant cette conclusion, elle continue de croire, pour les motifs exposés dans *Copie privée I*, qu'il existe un rapport suffisant pour que la redevance soit considérée comme un prélèvement de nature

a tax. The Board also continues to believe that the levies are not imposed by a public body, since the Board can neither set the tariff process in motion nor collect any amounts owing. Moreover, although the *Act*, like any other statute, was enacted at least in part to benefit the Canadian public, it is inaccurate to say the levies are for a public purpose.

réglementaire plutôt qu'une taxe. La Commission continue également de croire que la redevance n'est pas imposée par une institution publique puisque la Commission ne peut ni mettre en marche le processus d'établissement du tarif, ni percevoir aucun montant dû. De plus, bien que la *Loi*, comme toute autre loi, ait été édictée du moins en partie pour le bénéfice du public canadien, il est faux de prétendre pour autant que les redevances servent une fin d'intérêt public.

III. DEFINITION OF AN AUDIO RECORDING MEDIUM

III. DÉFINITION DE SUPPORT AUDIO

A. Legal Interpretation

A. Interprétation juridique

The definition of an "audio recording medium" in section 79, which applies only to Part VIII, describes products subject to a levy. It reads as follows:

> 'audio recording medium' means a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose, excluding any prescribed kind of recording medium.

On décrit les produits assujettis à une redevance dans la définition de «support audio», à l'article 79. Cette définition, qui ne s'applique qu'à la partie VIII, se lit comme suit :

> «support audio» Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement.

There are two aspects of this provision that are relevant to the Board in these proceedings. The first relates to the proper interpretation of the phrase "ordinarily used by individual consumers for that purpose". The second relates to the relevance of a medium's physical attributes ("a recording medium, regardless of its material form"), particularly the significance of its incorporation into a device. Also, a related nuance concerns the notion of "blank" media.

En l'espèce, deux éléments de cette disposition intéressent la Commission. Le premier se rapporte à l'interprétation de l'expression «habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores». Le deuxième concerne la pertinence des attributs physiques du support («Tout support audio»), en particulier l'effet éventuel de son intégration à un appareil. Enfin, un aspect connexe concerne la notion de support «vierge».

1. "Ordinarily Used by Individual Consumers for that Purpose"

1. «Habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores»

The first aspect of this provision has been dealt with on two occasions by the Board, and

La Commission a traité à deux reprises du premier élément de cette définition, que la Cour d'appel

considered by the Federal Court of Appeal in *AVS Technologies Inc.* v. *Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*.[37] In that case, Linden J.A. stated:

"The key point is whether the Board had to decide the meaning of "ordinarily used" by looking at the products generally, as contended for by the applicant, or by considering the use by individual consumers of that product. In my view, it is the usage by individual consumers that must be ordinary, not the use of the product generally, because of the insertion of the words "by individual consumers", which have to be given some meaning. If these words were not there, the applicants' contention would have been more solidly grounded. The French version is consistent with this interpretation as there is also a reference to use by "*consommateurs*", who are generally considered to be individuals, not corporations or institutions.

[...]

The applicants argued that the interpretation of the term "ordinarily" should be guided by dictionary definitions such as "usually" or "commonly" and by certain authorities from other contexts they cited, which indicated it should be defined as "chiefly" or "mainly". Later, they suggested that a number approaching 50 per cent of the products used in this way might be considered to be used ordinarily. In my view, these definitions and cases are not very helpful. Nor is the percentage approach, for that would be arbitrary. Moreover, it would mean that the artists would receive no compensation at all for the infringement of their copyrights until nearly one-half of all the products are so used. This would hardly be consistent with the object of the legislation."

Objectors suggest that these particular comments are not binding on the Board. The

fédérale a aussi abordé dans *AVS Technologies Inc.* c. *Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*.[37] Le juge Linden y déclare ce qui suit :

«Le point principal est de savoir si la Commission avait à décider du sens du terme «habituellement» en tenant compte de l'ensemble des produits, comme le prétendait la demanderesse, ou en tenant compte de l'emploi de ce produit par les consommateurs. À mon avis, c'est l'emploi qu'en font les consommateurs qui doit être habituel, et non pas l'usage général du produit, à cause de l'ajout du mot «consommateurs», qui doit avoir un certain sens. Si ce mot n'était pas là, la prétention des demanderesses aurait un fondement plus solide. La version anglaise est conforme à cette interprétation étant donné qu'elle fait uniquement référence à l'emploi «*by individual consumers*» qui sont généralement considérés comme étant des personnes, et non pas des sociétés ou des institutions.

[...]

Les demanderesses font valoir que l'interprétation du terme «habituellement» devrait suivre les définitions que donne le dictionnaire d'expressions telles que «ordinairement» ou «communément», être guidée par certaines autorités applicables à d'autres contextes qu'elles ont citées [...] qui indiquent que ce terme doit être défini comme signifiant «principalement» ou «particulièrement». Par la suite, elles ont laissé entendre qu'un chiffre approchant de 50 pour cent des produits utilisés de cette façon pourrait être considéré comme un usage habituel. À mon avis, ces définitions et ces causes ne sont pas très utiles. Pas plus d'ailleurs que la méthode procentuelle, parce qu'elle est arbitraire. Qui plus est, elle signifierait que les artistes ne recevraient aucune rémunération en cas de violation de leurs droits d'auteur jusqu'à concurrence de près de la moitié de l'utilisation de ces produits. Cela serait difficilement compatible avec l'objet de la *Loi*.»

Les opposants laissent entendre que la Commission n'est pas liée par ces commentaires. La Cour

Federal Court of Appeal reviewed the Board's decision on a standard of patent unreasonableness; it does not follow that the Board's first decision was correct. Moreover, some objectors submit that a reviewing court might look more closely at this decision of the Board.

The task at hand is to interpret and apply the provision at issue. In this interpretive exercise, strictly speaking, the Court's comments may be *obiter dicta*. This does not mean that these remarks should not be given weight. The Court's insight into this provision confirms the Board's own view of the matter.

The phrase "ordinarily used" cannot be seen as purely quantitative.[38] Linden J.A. confirmed that a percentage approach would be arbitrary, and the Board believes the same can be said of other solely quantitative benchmarks. A qualitative and quantitative approach is more in line with the purpose of Part VIII, in that it allows the levy to more easily adapt to market realities and the private copying habits of Canadians. It is also consistent with the established interpretation of other provisions of the *Act*.[39]

Some stakeholders are seeking a bright line marker. However, the language, context and purpose of section 79 do not support such an approach. It is clear that Parliament desired, above all, sensitivity to market realities and the flexibility to adapt to a changing environment.

In the Board's view, therefore, there are a number of factors that will determine whether a given kind of medium is ordinarily used by individual consumers for copying sound recordings. Among these are the apparent purpose of the medium, as evident from its invention, design and promotion, and its actual use, as indicated by surveys, testimony or other evidence. The Board might also take account of its current or potential rate of adoption in the market.

d'appel fédérale a examiné la décision de la Commission selon la norme de décision manifestement déraisonnable; il ne s'ensuit pas que la première décision rendue par la Commission était correcte. De plus, certains opposants suggèrent qu'un tribunal de révision pourrait examiner plus attentivement la présente décision de la Commission.

La Commission doit ici interpréter et appliquer les dispositions en cause. Dans ce contexte d'interprétation, les remarques de la Cour n'ont qu'un caractère incident. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille en faire fi. Le point de vue de la Cour sur ces dispositions corrobore le propre point de vue de la Commission.

L'expression «habituellement utilisé» ne peut être vue comme purement quantitative.[38] Le juge Linden a confirmé qu'une approche fondée sur des pourcentages serait arbitraire, et la Commission croit que ce commentaire vaut pour d'autres modèles strictement quantitatifs. Une approche à la fois qualitative et quantitative rejoint davantage l'objet de la partie VIII, en ce qu'elle permet à la redevance de s'adapter plus facilement aux réalités du marché et aux habitudes des Canadiens en matière de copie privée. Elle est aussi conforme à l'interprétation reçue d'autres dispositions de la *Loi*.[39]

Certains intervenants aimeraient établir une ligne de démarcation très nette. Le libellé, le contexte et l'objet de l'article 79 ne le permettent pas. De toute évidence, le législateur a cherché avant tout la réceptivité aux réalités du marché et la souplesse nécessaire à l'adaptation à un environnement changeant.

C'est pourquoi la Commission estime que plusieurs facteurs déterminent si un type de supports est habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores. Mentionnons l'objet apparent du support, qui ressort à l'évidence de sa conception et de sa promotion, de même que de son utilisation réelle, établie à l'aide de sondages, de témoignages ou d'autres éléments de preuve. La Commission pourrait aussi tenir compte du taux d'adoption actuel ou potentiel du support sur le marché.

As confirmed by the Federal Court of Appeal, individual consumers are key in this analysis. The Board's focus on individual consumers includes consideration of both the extent to which the media is used by consumers for copying sound recordings in contrast to other uses, and the extent to which consumers, when copying sound recordings, use that media in contrast to other media. Moreover, the Board is concerned more with individual consumers as a group than with the habits of any particular person. In this respect, the sheer volume of a kind of media that are used for private copying might suffice to qualify its use as "ordinary", irrespective of percentages.

Thus, in *Private Copying I*, the Board held that recordable and rewritable CDs were ordinarily used by individual consumers, even though, as a proportion of total blank CDs sold, individual consumers accounted for a relatively small share. The evidence clearly established that individual consumers who did use blank CDs, often used them for copying music, and that, in total, a very substantial number of CDs were used for that purpose. Moreover, the Board predicted (correctly so in hindsight) that blank CDs would become a dominant media in the world of private copying. By contrast, the evidence suggested that some media, including Digital Audio Tapes (DAT) for example, were used almost exclusively by professionals, and their uses were not expected to change significantly.

2. Medium or Device

A second aspect of the definition of an "audio recording medium" relates to the form of the medium. This issue is important because the Board was asked to establish a levy on memory in devices, although not on devices themselves. Hence, the question at this stage is whether or not the incorporation of a product into a device can affect its status as an audio recording medium.

Comme l'a confirmé la Cour d'appel fédérale, l'utilisation par les consommateurs est déterminante aux fins de cette analyse. À cet égard, la Commission porte attention entre autres à la mesure dans laquelle les consommateurs utilisent un type de supports pour copier des enregistrements sonores plutôt que pour faire autre chose, ainsi qu'à la mesure dans laquelle les consommateurs se servent du type de supports en question (plutôt que d'autres) à cette fin. De plus, la Commission se préoccupe davantage des consommateurs en tant que groupe que des habitudes individuelles. À cet égard, l'utilisation d'un grand nombre de supports d'un certain type à des fins de copie privée pourrait suffire à qualifier leur utilisation d'«habituelle», peu importe les pourcentages en cause.

C'est pourquoi la Commission a conclu dans *Copie privée I*, que les CD enregistrables et réinscriptibles étaient habituellement utilisés par les consommateurs, même si ces derniers achetaient une part relativement petite du nombre total de CD vierges vendus. La preuve avait clairement établi que les consommateurs qui utilisaient des CD vierges le faisaient souvent afin de copier de la musique et qu'au total, un nombre très élevé de CD étaient utilisés à cette fin. De plus, la Commission avait prédit (correctement, avec le recul) que les CD vierges allaient devenir un support dominant dans l'univers de la copie privée. En revanche, la preuve donnait à penser que certains supports, dont les bandes audionumériques (DAT), étaient utilisés presque exclusivement par les professionnels et qu'on ne s'attendait pas à un changement radical à cet égard.

2. Support ou appareil

Un deuxième élément de la définition de «support audio» se rapporte à la forme du support. Cette question est importante parce que la Commission a été invitée à établir une redevance sur la mémoire intégrée à certains appareils mais non sur les appareils eux-mêmes. À ce stade, il convient donc de se demander si l'intégration d'un produit à un appareil peut avoir une incidence sur son statut de support audio.

CSMA argues that upon being incorporated into a digital audio recorder, memory becomes integrated in, and inseparable from, the device, and thus loses its separate identity. In support of this position, CSMA cites anti-dumping decisions rendered by the U.S. Department of Commerce.[40] For their part, the Retailers submit that CPCC's proposal does not and cannot distinguish between devices and media. Other objectors point to the lack of technical distinctions between certain products proposed to be levied and certain products that are not, and the lack of meaningful distinctions between removable and non-removable memory.

According to CSMA, the Retailers and other objectors, the Board has no jurisdiction under Part VIII to certify a private copying tariff on devices. More particularly, the Retailers argue that the legislative history in Canada indicates that only a medium, and indeed only audiocassettes, were intended to be covered by the *Act*. Objectors submit that, in other countries, devices are subject to a tariff, if at all, only as the result of deliberate legislation.

Regardless, the Board is concerned here with the Canadian *Act*, which contains its own instructions about which products are subject to a levy. In part for this reason, neither foreign legislation nor American anti-dumping decisions are determinative. The starting point is to read the words of our *Act* "in their entire context, and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the *Act*, the object of the *Act*, and the intention of Parliament."[41]

As regards the physical characteristics of the product itself, the definition of an "audio recording medium" could hardly have been drafted more broadly. Specifically, the English version of the text contains the clause, "regardless of its material form". To the

La CSMA soutient que la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique fait partie intégrante de l'enregistreur, ne peut plus en être dissociée et perd donc son identité distincte. À l'appui de cette prétention, elle cite des décisions antidumping rendues par le ministère du commerce américain.[40] Pour leur part, les détaillants avancent que la proposition de la SCPCP ne fait pas et ne peut faire la distinction entre appareil et support. D'autres opposants relèvent l'absence de distinctions d'ordre technique entre certains produits que l'on propose d'assujettir à la redevance et certains autres qui ne sont pas visés. Ils soulignent aussi l'absence de différences significatives entre la mémoire amovible et non amovible.

Selon la CSMA, les détaillants et d'autres opposants, la partie VIII ne rend pas la Commission compétente pour assujettir les appareils à un tarif pour la copie privée. Les détaillants, s'appuyant sur l'historique législatif du régime canadien, soutiennent plus précisément que seul un support et, en fait, seulement les cassettes audio étaient destinées à être visées par la *Loi*. Les opposants avancent qu'ailleurs dans le monde, les appareils sont assujettis à un tarif, si tant est qu'ils le soient, uniquement en vertu de dispositions législatives claires.

Quoi qu'il en soit, la Commission s'intéresse ici à la *Loi* canadienne, laquelle contient ses propres indications quant aux produits assujettis à une redevance. Cela explique en partie pourquoi ni les lois étrangères ni les décisions antidumping américaines ne sont déterminantes en l'espèce. Le point de départ consiste donc à lire les termes de notre loi [TRADUCTION] «dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.»[41]

En ce qui a trait aux caractéristiques physiques du produit lui-même, la définition de «support audio» aurait difficilement pu être formulée de façon plus large. Plus spécifiquement, la version anglaise fait référence à tout support audio «*regardless of its material form*». Pour la Commission, le sens

Board, the plain and ordinary meaning of this phrase rules out the possibility that the levy was intended to apply only to "removable" media, let alone only to audiocassettes.

This language also demonstrates that it is not determinative whether the medium is affixed, incorporated or otherwise integrated in a device. Its breadth supports the conclusion that liability to pay a levy cannot be dependant upon physical characteristics alone. A medium that is incorporated into a device remains a medium.

In addition to the express statutory language that demands such an interpretation of this definition, the Federal Court of Appeal recently confirmed that, "[w]here its language and underlying rationale permit, legislation should be interpreted in a way that takes account of technological developments."[42] Notably, these remarks, made in the course of judicial review of another of the Board's decisions, pertained specifically to the *Act*. To limit the application of the levy to only removable kinds of media would be to restrict the definition of "audio recording medium" in a manner inconsistent with this principle. Thus, the context and purpose of this particular provision, which was to provide remuneration for rights-holders whose music is copied onto such products, only confirms this conclusion.

The Board realizes that Parliament could not have imagined recent technological developments when this regime was enacted.

The Board is also aware that American jurisprudence advises caution in this respect.[43] Nevertheless, the Board is bound to follow the guidance of Canadian courts, especially given Parliament's clear intention to make section 79 technologically neutral.

ordinaire de ces mots exclut la possibilité que la redevance ne devrait s'appliquer qu'aux supports «amovibles», et encore moins qu'aux seules cassettes audio.

Cette formulation démontre également qu'il n'importe pas que le support soit fixé ou autrement intégré à un appareil. L'étendue de la définition appuie la conclusion voulant que l'obligation de payer une redevance n'est pas tributaire des seules caractéristiques physiques du support. Un support intégré à un appareil demeure un support.

En plus du libellé législatif exprès qui exige une telle interprétation de cette définition, la Cour d'appel fédérale a récemment confirmé que «[l]orsque son libellé et son objet fondamental le permettent, un texte de loi devrait être interprété de manière à tenir compte des progrès technologiques.»[42] Signalons que ces commentaires, faits dans le cadre du contrôle judiciaire d'une autre décision de la Commission, se rapportaient précisément à la *Loi*. Limiter la redevance aux seuls supports amovibles reviendrait à restreindre la définition de «support audio» d'une façon contraire à ce principe. Le contexte et l'objet de cette disposition particulière (fournir une rémunération aux titulaires de droits dont la musique est copiée sur de tels produits) ne font que corroborer cette conclusion.

La Commission est consciente qu'au moment où le régime a été institué, le législateur n'aurait pu prévoir les récents changements technologiques.

La Commission sait aussi que la jurisprudence américaine incite à la prudence en cette matière.[43] Quoi qu'il en soit, la Commission est tenue de suivre la voie tracée par les tribunaux canadiens, surtout quand on sait que le législateur voulait manifestement rendre l'article 79 neutre du point de vue technologique.

However, the Board is comforted that the definition excludes any media of a kind prescribed by the Governor in Council. Thus, although this section has not yet been invoked, the *Act* contains an internal mechanism whereby the Board's conclusion on this matter can be considered and easily altered, if so desired, by those better situated to deal with this controversy.

Cela dit, la Commission est rassurée que la définition exclut les types de supports prescrits par le gouverneur en conseil. Cette disposition, qui n'a pas encore été invoquée, constitue un mécanisme interne permettant à ceux qui sont mieux placés pour régler cette controverse d'examiner et, au besoin, de modifier facilement la conclusion de la Commission.

3. "Blank" Media

Some participants suggest to the Board that certain media are not subject to a levy because they are not technically blank. In particular, the evidence established that certain media, including memory integrated into Apple's iPod for example, undergo testing as part of the manufacturing process. Such testing involves recording sounds onto the media.

Objectors point out that the *Act* requires payment of a levy only on "blank" audio recording media, which are defined as follows:

> 'blank audio recording medium' means
>
> (*a*) an audio recording medium onto which no sounds have ever been fixed, and
>
> (*b*) any other prescribed audio recording medium;

Since, they submit, certain media have had sounds recorded upon them, such media are not leviable.

A tariff proceeding before the Board is not the proper forum in which to resolve this debate. The key reference to *blank* media is in section 82, which imposes liability for the levy on a manufacturer or importer of a blank medium. The notion of a "blank audio recording medium" appears nowhere in the context of

3. Supports «vierges»

Des participants laissent entendre que certains supports ne sont pas assujettis à une redevance parce que, techniquement, ils ne sont pas vierges. La preuve a notamment établi que certains supports, dont la mémoire intégrée au iPod d'Apple, sont soumis à des essais dans le cadre du processus de fabrication. Ces essais comprennent l'enregistrement de sons sur le support.

Les opposants soulignent que la *Loi* impose le versement d'une redevance sur les seuls supports audio «vierges», lesquels sont définis comme suit :

> «support audio vierge» Tout support audio sur lequel aucun son n'a encore été fixé et tout autre support audio précisé par règlement.

Étant donné, ont-ils soutenu, que des sons ont été fixés sur certains supports, ceux-ci ne peuvent être assujettis à une redevance.

Une instance de la Commission pour établir un tarif n'est pas le forum approprié pour trancher ce débat. Le renvoi clé aux supports *vierges* figure dans l'article 82, qui impose au fabricant ou à l'importateur du support vierge l'obligation de payer la redevance. La notion de «support audio vierge» n'est mentionnée nulle part relativement à

its obligation to establish the levies. The Board's duties are, among certain other things, to determine the manner of calculating the levies and their related terms and conditions. In the present context at least, it is not for the Board to determine whether or not an "audio recording medium" is blank.

It might contravene common sense if one could avoid payment of the levy through testing procedures designed to ensure that a medium can record sounds as intended. The *Act* contains a mechanism to counteract any potential absurdity. If appropriate and desirable, the Governor in Council can by regulation include such a medium within the scope of the levy.

B. Analysis

Not much time was spent analysing or criticising the proposed levy rates on audiocassettes, and most participants concede these are properly subject to a levy.

MiniDiscs and CD-R and CD-RWs Audio have been subject to a levy in the past. In these proceedings, the Board questioned whether this was appropriate. The Board has previously operated on the unproven assumption that 95 per cent of this type of medium are used by individual consumers. However, CD-R and CD-RWs Audio might also be used by professionals. A number of indicia point to this inference, including the apparent lack of perceptible quality benefits to the average consumer, the higher price point, the limited availability and other specialized characteristics of this format. Nevertheless, in the absence of proof, the Board maintains the status quo and certifies a tariff on these media. It should not be taken for granted that the Board will do the same in the future.

Given that CD-Rs and CD-RWs now are overwhelmingly the dominant format onto

l'obligation de la Commission d'établir les redevances. La Commission a le devoir, entre autres, de déterminer le mode de calcul des redevances et ses modalités afférentes. Il ne lui appartient pas, du moins dans le présent contexte, de déterminer si un «support audio» est vierge ou non.

Il serait peut-être contraire au bon sens que quelqu'un puisse éviter de payer la redevance en exécutant des procédures d'essai conçues pour vérifier qu'un support peut servir à l'enregistrement de sons de la manière voulue. La *Loi* prévoit des mesures pour contrer toute absurdité potentielle. Si c'est approprié et souhaitable, le gouverneur en conseil peut, par règlement, assujettir un tel support au versement de la redevance.

B. Analyse

Les participants ne se sont pas beaucoup attardés au taux de la redevance proposé pour les cassettes audio, et la plupart ont reconnu qu'il convient de les assujettir à une redevance.

Les MiniDisc et les CD-R et CD-RW Audio sont déjà assujettis à une redevance. Cette fois-ci, la Commission s'est interrogée sur le bien-fondé d'une telle mesure. Elle supposait jusqu'ici, sans qu'un tel fait ne fût établi, que les consommateurs utilisent 95 pour cent de ces supports. Or il se trouve que les CD-R et CD-RW Audio pourraient aussi servir à des professionnels. Un certain nombre d'indices le donnent à croire, dont le manque apparent d'avantages pour le consommateur moyen quant à la qualité perceptible, le prix de vente plus élevé, la disponibilité limitée et d'autres caractéristiques spécialisées propres à ce type de supports. Cependant, en l'absence de preuve, la Commission maintient le statu quo et homologue un tarif pour ces supports. Il ne faut pas tenir pour acquis qu'elle agira toujours ainsi.

Étant donné que les CD-R et les CD-RW sont devenus le format de loin le plus utilisé par les

which individuals copy music, by even the lowest standard advocated by the main participants in these proceedings, these media are leviable.

The existing tariff applies to all CDs, irrespective of their storage capacity. In its proposed tariff, CPCC restricts the application of its tariff to CD-Rs and CD-RWs of 100 Mbs or more of storage capacity. However, no evidence was submitted to that effect other than to mention that CPCC has started to voluntarily forego collecting the levy on these small capacity CDs. In addition, CPCC's proposed tariff is ambiguous with respect to the application of the levy to CD-Rs Audio and CD-RWs Audio of less than 100 Mbs. Indeed, CD-Rs and CD-RWs Audio of less than 100 Mbs are not excluded from the proposed rates. However, the definition of "blank audio recording medium" in the proposed tariff considers CD-Rs and CD-RWs Audio as recordable compact discs for which such exclusion would apply.

There was also new evidence, in these proceedings, about "mini-CDs" that have a capacity of only 185 Mb.[44] It was suggested, without supporting evidence, that these CDs might be used by businesses for promotional purposes.[45] The Board also heard testimony that mini-CDs are used in certain cameras.[46] Yet the Board was also told that these CDs are indeed used for copying music.[47] It was also suggested, and CPCC appears to agree, that a reduced levy rate should apply to mini-CDs. We do not know however if CDs of less than 100 Mbs ought to be included in this mini-CD category. Given the conflicting evidence the Board believes it best to maintain the status quo, but looks forward to hearing more in the next proceedings. Hence, the tariff will again apply to all blank CDs, regardless of their memory capacity.

consommateurs pour copier de la musique, ces supports doivent faire l'objet du tarif, et ce même en appliquant la norme la plus restrictive prônée par certains participants à la présente instance.

Le tarif existant s'applique à tous les CD, peu importe leur capacité de mémoire. Dans sa proposition de tarif, la SCPCP limite l'application de son tarif aux CD-R et aux CD-RW de 100 Mo ou plus de capacité de mémoire. Aucune preuve n'a toutefois été soumise à cet effet, autre que de mentionner que la SCPCP a choisi volontairement de ne pas percevoir la redevance sur ces CD de petite capacité. De plus, le tarif proposé par la SCPCP est ambigu quant à l'application de la redevance aux CD-R Audio et aux CD-RW Audio de moins de 100 Mo. En effet, les taux de redevances proposés pour les CD-R Audio et les CD-RW Audio ne prévoient pas une telle exclusion. Or, sous la définition de «support audio vierge» du tarif proposé, les CD-R Audio et les CD-RW Audio font partie de la nomenclature des disques audionumériques enregistrables pour lesquels une telle mesure s'appliquerait.

De plus, selon de nouveaux éléments de preuve produits à l'audience, il existe des «mini-CD», dont la capacité ne dépasse pas 185 Mo.[44] On a suggéré, sans preuve à l'appui, que ces CD seraient utilisés par les entreprises à des fins promotionnelles.[45] La Commission a entendu un témoignage voulant qu'ils soient utilisés avec certaines caméras.[46] Mais on a également dit à la Commission qu'ils sont bien utilisés à des fins de copie privée.[47] On a également suggéré, et la SCPCP semble être d'accord, que ces mini-CD fassent l'objet d'un taux réduit. Mais on ne sait pas si les CD de moins de 100 Mo seraient inclus ou non dans cette catégorie des mini-CD. Étant donné la preuve conflictuelle, la Commission préfère maintenir le statu quo. Elle exprime toutefois le désir d'entendre une preuve plus étoffée lors des prochaines audiences. Pour l'instant, le tarif s'appliquera à nouveau à tous les CD vierges, peu importe leur capacité de mémoire.

CPCC also proposes a levy on all types of recordable or rewritable DVDs. There is some survey evidence that suggests DVDs are being put to similar uses as CDs were early in their life product cycle. However, the relevant surveys are based upon small samples, and therefore, have relatively large margins of error. Responses also demonstrate that some respondents did not understand the technologies involved. Many consumers indicated they could put audiocassettes in their DVD machines.[48] Also notable is that some questions about consumers' uses of blank DVDs failed to list video amongst the choices of responses.[49] Although select evidence shows that DVDs are sometimes promoted, in part, for music use, this evidence is not representative of the overall marketing of DVDs.

La SCPCP propose aussi une redevance sur tous les types de DVD enregistrables et réinscriptibles. Selon une preuve par sondage, les DVD serviraient à des fins semblables à celles auxquelles furent utilisés les CD au début de leur cycle de vie comme produit. Les sondages pertinents ne portent cependant que sur des échantillons modestes et souffrent conséquemment d'une marge d'erreur assez importante. Les réponses au sondage indiquent également que certains répondants ne comprenaient pas les technologies en cause. Plusieurs consommateurs ont indiqué qu'ils pouvaient insérer une cassette audio dans leur platine DVD.[48] Soulignons également que certaines des questions portant sur les DVD vierges ne font aucunement mention du fait que ces supports peuvent servir au consommateur à des applications de type vidéo.[49] Bien que certains éléments spécifiques de preuve révèlent que l'on fait parfois la promotion du DVD en tant, entre autres, que support musical, ils ne sont pas représentatifs de l'ensemble du marketing effectué pour ce type de supports.

The Board is more convinced by the evidence showing that the uses for blank DVDs are different from the uses for blank CDs. In particular, the Board believes that blank DVDs are used almost exclusively for recording video, and only marginally, if at all, for recording audio.[50]

La Commission est davantage convaincue par la preuve selon laquelle les DVD vierges sont utilisés à des fins différentes des CD vierges. Elle croit, en particulier, que les DVD vierges sont utilisés presque exclusivement pour faire des enregistrements vidéo et, dans une mesure très négligeable voire inexistante, pour réaliser des enregistrements audio.[50]

There are relatively few players, especially portable players, capable of playing music from burned DVDs. The vast majority of existing DVD recorders are found in personal computers. Given the ever-growing installed base of DVD players, it seems unlikely that consumers would upgrade their machines in the near future. DVD recording, even of video, is still in its infancy and likely will not develop fully until competition amongst formats is resolved.

Il y a relativement peu de lecteurs, encore moins de lecteurs portatifs, qui peuvent lire des fichiers musicaux gravés sur DVD. La quasi-totalité des graveurs de DVD existants sont intégrés à des ordinateurs personnels. Compte tenu de la croissance constante du parc de lecteurs de DVD, il paraît peu probable qu'un grand nombre de consommateurs mettront leur appareil à niveau dans un avenir rapproché. L'enregistrement sur DVD, y compris de pistes vidéo, en est encore à ses premiers balbutiements et ne se développera vraisemblablement pas à pleine capacité avant que le problème de la concurrence entre les types de DVD soit résolu.

In addition, the primary attraction of blank DVDs as compared to blank CDs is larger capacity, which is most desirable for copying video and backing up data. Unlike in the context of blank CDs, where the switch to digital from analogue cassettes brought substantial incentives for rapid adoption, the Board does not expect that consumers will massively shift to use blank DVDs for music copying in the immediate future. Consequently, the Board is not persuaded, at this time, that a DVD qualifies as an audio recording medium ordinarily used by consumers to private copy music. As previously explained, this determination means that copying music onto a DVD infringes copyright.

De plus, ce qui rend les DVD vierges attrayants par rapport aux CD vierges, c'est surtout leur capacité accrue, particulièrement utile pour copier des vidéos et sauvegarder des données. Alors que le passage de l'analogique au numérique avait assuré l'adoption rapide des CD vierges, la Commission ne s'attend pas à ce que les consommateurs adoptent massivement le DVD vierge pour copier de la musique dans un avenir immédiat. Par conséquent, la Commission n'est pas convaincue que le DVD se qualifie présentement comme un support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour copier de la musique. Tel qu'expliqué précédemment, cette décision veut dire que de copier de la musique sur un DVD enfreint le droit d'auteur.

CPCC proposes a levy on removable electronic memory or micro hard drives capable of use with MP3 players or similar devices. It also seeks a levy on memory or hard drives incorporated into devices that are intended for use primarily to record and play music. CPCC concedes that the levy would not include cellular phones, personal digital assistants, desktop, laptop and handheld computers and a host of other devices that most reasonable people would not consider intended for use primarily to record and play music.

La SCPCP propose une redevance sur la mémoire électronique et les microdisques durs amovibles compatibles avec les lecteurs MP3 ou tout appareil semblable. Elle propose également une redevance sur la mémoire ou le disque dur intégrés à un appareil qui a été conçu au premier chef pour enregistrer et faire jouer de la musique. La SCPCP reconnaît que la redevance ne s'appliquerait pas aux téléphones cellulaires, aux assistants numériques personnels, aux ordinateurs de bureau, portatifs ou tenant dans la main ainsi qu'à toute une kyrielle d'autres appareils qui, aux yeux de la plupart des gens raisonnables, ne seraient pas considérés comme ayant été conçus principalement pour enregistrer et faire jouer de la musique.

Some types of removable memory might sometimes be used to copy music, but it is impossible to generalize. There is a plethora of often incompatible formats, including different brands of cards and micro hard disks of various shapes, sizes and capacities. There are a breadth of potential uses, ranging from digital photography to document storage to medical or military applications to music copying. Ultimately, there is a lack of straightforward evidence demonstrating which formats are capable of which uses with which devices. Especially because these media are

Certains types de mémoire amovible pourraient parfois servir à copier de la musique, mais il est impossible d'en faire une généralisation. Il existe une pléthore de formats souvent incompatibles, y compris différentes marques de cartes et de microdisques durs de diverses formes, tailles et capacités. Ces produits peuvent servir à toutes sortes de tâches, de la photographie numérique au stockage de documents en passant par les applications médicales ou militaires et la reproduction de musique. En fin de compte, il n'existe pas de preuve claire établissant les formats compatibles avec un appareil donné, pour une utilisation donnée. Surtout

removable, it is impossible to identify with any accuracy the uses to which they will be put. In this regard, memory cards and micro hard disks are distinguishable from CDs or audiocassettes. With CDs and audiocassettes, the slight variations in format and capacity that exist for each, do not preclude generalization in their use for copying music.

parce que ces supports sont amovibles, il est impossible d'identifier avec précision les fins auxquelles ils seront utilisés. À cet égard, les cartes de mémoire et les microdisques durs se distinguent des CD ou des cassettes audio. Les légères variations de structure et de capacité des CD, ainsi que des cassettes, ne constituent pas un obstacle à la généralisation de leur utilisation pour fins de copie de musique.

Based on the record before the Board, it cannot be said that all formats of removable memory are ordinarily used by individual consumers for copying music. Therefore, to include all types of removable memory under the rubric of an "audio recording medium" is simply not justified by the evidence in these proceedings. In addition, insufficient evidence was placed before the Board to demonstrate that any particular type of removable memory qualifies under the *Act*.

Au vu du dossier dont est saisie la Commission, on ne peut conclure que tous les types de mémoire amovible sont habituellement utilisés par les consommateurs pour reproduire de la musique. Par conséquent, il n'est tout simplement pas opportun de les classer en vrac dans la catégorie «support audio». Qui plus est, la preuve dont dispose la Commission ne permet pas d'établir qu'un type particulier de mémoire amovible constitue un support audio au sens de la *Loi*.

Applying the definition to embedded memory, either solid state or hard disk, represents a somewhat different challenge. Embedded memory may exist in dissimilar formats, and in a variety of devices that have different functions. Hard disks in personal computers are technically indistinguishable from those in some digital audio recorders. It appears, therefore, inappropriate to generalize about the uses of all embedded memory. However, the distinction, in the Board's view, is that where a medium is permanently incorporated into a certain type of device, it becomes possible to categorize that medium and evaluate its use as a unique "kind" of "audio recording medium", based on the intrinsic characteristics of the device into which the medium has been incorporated.

L'application de la définition à la mémoire intégrée, qu'il s'agisse de mémoire à semiconducteurs ou de disques durs, fait intervenir des questions d'un autre ordre. La mémoire intégrée peut se présenter sous des formes dissemblables et se retrouver dans une variété d'appareils exécutant diverses fonctions. Du point de vue technique, les disques durs d'ordinateurs personnels ressemblent en tous points à ceux dont sont munis certains enregistreurs audionumériques. On pourrait juger inapproprié de faire des généralisations au sujet des fins auxquelles sert la mémoire intégrée. Toutefois, selon la Commission,le trait distinctif des supports intégrés en permanence à un appareil est qu'il devient possible de les catégoriser et d'établir l'utilisation que l'on en fait en tant que «types» particuliers de «support audio», en fonction de caractères intrinsèques des appareils dans lesquels le support a été incorporé.

It is not as easy, however, to classify a medium as one "kind" or another based upon extrinsic criteria such as packaging. For this reason, removable memory "bundled" with any particular product should not be distinguished from the same removable memory sold separately.

Il n'est pas aussi simple de classer un support selon un «type» ou un autre en tenant compte de facteurs extrinsèques comme l'emballage. C'est pourquoi la mémoire amovible fournie avec certains produits ne devrait pas être distinguée de celle vendue séparément.

Intrinsic physical attributes of the device, including its size, convenience and compatibility, are helpful to determine whether the device's medium is ordinarily used by individual consumers to copy music. Thus, media of a kind embedded into certain devices may be ordinarily used by individuals for copying music, whereas the same media embedded in other devices may not. This can be true, notwithstanding that the essential attributes of the media itself, for instance, solid state memory or hard disk, remain relatively constant.

Les propriétés physiques intrinsèques de l'appareil, incluant la taille, le côté pratique et la compatibilité peuvent servir à établir si le support intégré dans l'appareil est habituellement utilisé par les consommateurs pour copier de la musique. Ainsi un support intégré à certains appareils pourra être habituellement utilisé pour copier de la musique, alors que le même support intégré à d'autres appareils pourra ne pas l'être, et ce même si les principaux attributs de ce support (mémoire à semiconducteurs, disque dur, etc.) demeurent relativement les mêmes.

Objectors allege that the primary deficiencies in this aspect of CPCC's proposal are a lack of clarity and precision. CPCC suggests that a levy should only be placed on memory in devices that are "intended for use primarily to record and play music". It points out that this standard is distinct from, and indeed higher than, "ordinarily used".

Les opposants avancent que les principales lacunes de cet aspect de la proposition de la SCPCP sont le manque de clarté et de précision. La SCPCP propose que la redevance s'applique exclusivement à la mémoire des appareils destinés «principalement à enregistrer et exécuter de la musique», un critère distinct et plus exigeant que celui de l'utilisation habituelle.

It is beyond the Board's jurisdiction to incorporate a second standard into the definition of an audio recording medium. Nor can it implicitly exempt memory in certain devices by adopting CPCC's suggestion within the tariff. If the Board cannot expressly create exemptions, then it cannot do so implicitly either.

La Commission n'est pas compétente pour incorporer implicitement un deuxième critère à la définition de support audio, ni exempter implicitement la mémoire de certains appareils en intégrant la suggestion de la SCPCP au tarif. Si elle ne peut créer d'exemptions de façon expresse, elle ne peut le faire implicitement non plus.

The Board believes that, on the standard of ordinary use, memory in a large number of devices does not qualify as an "audio recording medium". Such products include an obvious and non-exhaustive list of devices such as heart-rate monitors, digital cameras, personal digital assistants, telephones, etc.

La Commission estime que, selon le critère de l'utilisation habituelle, la mémoire d'un grand nombre d'appareils ne saurait être considérée comme un «support audio». Ce groupe d'appareils comprend évidemment, mais sans s'y limiter, les moniteurs de fréquence cardiaque, les caméras numériques, les assistants numériques personnels et les téléphones.

In contrast, non-removable solid state or hard disk memory, when incorporated into digital audio recorders, as that term is understood by the Board, is ordinarily used by individual consumers for copying music. In this respect,

En revanche, la mémoire non amovible, qu'il s'agisse de modèles à semiconducteurs ou de disques durs, lorsqu'intégrée à un enregistreur audionumérique au sens que donne la Commission à cette expression, est habituellement utilisée par les

the Board does not view the standard of ordinary use quite so "low" as some participants have mistakenly understood. This is not simply a trivial threshold. When the Board speaks of a digital audio recorder, it speaks of a device that is designed, manufactured and advertised for the purpose of copying sound recordings of musical works. It follows that non-removable memory permanently embedded in such a device falls within the definition of an "audio recording medium" under the *Act*.

Few products have one exclusive function. Indeed, many digital audio recorders also feature games, calendars, personal organizers and other ancillary features. Since the trend is toward multi-functionality, there will be grey areas. However, at least for the period of this certified tariff, the Board believes that a relatively small proportion of products are truly at the margin between a digital audio recorder and another device.

The most significant ambiguity arises in the context of memory in personal computers. Several participants, notably Mr. Carruthers of Hydraulic Design, showed the Board that this memory is technically identical to that in some digital audio recorders. As already indicated, the evidence in these proceedings demonstrates that memory in personal computers is being used by individual consumers to copy music. For the time being, CPCC's proposal does not include memory in personal computers. As these questions involve significant public policy considerations, legislators might wish to explore and settle the issues before the Board is formally called upon to do so itself.

In sum, the Board finds that each audiocassette of more than 40 minutes in length, CD-R, CD-RW, CD-R Audio, CD-RW Audio, MiniDisc, and non-

consommateurs pour copier de la musique. À ce titre, la Commission ne considère pas que le critère de l'utilisation habituelle est aussi «bas» que certains participants l'ont erronément cru. Il ne s'agit pas d'un critère insignifiant. Lorsque la Commission parle d'un enregistreur audionumérique, elle parle d'un appareil conçu, fabriqué et mis en marché à des fins de reproduction d'enregistrements sonores d'œuvres musicales. Par conséquent, la mémoire non amovible intégrée en permanence à un tel appareil est visée par la définition de «support audio» prévue par la *Loi*.

Il existe peu de produits n'offrant qu'une seule fonction. De nombreux enregistreurs audionumériques offrent des jeux, un calendrier, un planificateur personnel et d'autres fonctions accessoires. Comme la tendance est à la multifonctionnalité, il y aura des zones grises. Mais selon la Commission, du moins pendant la période de validité du tarif homologué, un nombre relativement faible de produits soulèveront la question de savoir s'ils sont avant tout un enregistreur audionumérique ou autre chose.

La principale ambiguïté concerne la mémoire des ordinateurs personnels. Plusieurs participants, notamment M. Carruthers, de *Hydraulic Design*, ont démontré à la Commission que cette mémoire est identique du point de vue technique à celle qu'on retrouve dans certains enregistreurs audionumériques. Comme il a été déjà indiqué, le dossier de la présente affaire confirme que les consommateurs se servent de la mémoire de leur ordinateur personnel pour copier de la musique. La proposition de la SCPCP n'englobe pas pour l'instant ce type de mémoire. Comme ces questions font intervenir des considérations importantes de politique publique, le législateur désirera peut-être étudier et régler ces questions lui-même avant que l'on ne demande formellement à la Commission de le faire.

En résumé, la Commission conclut que les cassettes audio d'une durée supérieure à 40 minutes, les CD-R, CD-RW, CD-R Audio, CD-RW Audio, MiniDisc, de même que la mémoire non amovible (à

removable memory (solid state and hard disk) permanently embedded in a digital audio recorder fall within the meaning of an "audio recording medium" under the *Act*. The evidence does not establish the same in respect of blank DVDs, nor removable memory.

semiconducteurs et sur disque dur) intégrée en permanence à un enregistreur numérique sont tous des «supports audio» au sens de la *Loi*. La preuve n'établit pas la même chose à l'égard des DVD vierges ou de la mémoire amovible.

IV. SETTING THE LEVY RATES

IV. ÉTABLISSEMENT DES TAUX DE REDEVANCES

In *Private Copying II*, the Board used the existing valuation model and updated it to set the rates to reflect the evidence presented during the hearing. In these proceedings, because of uncertainties raised by the evidence and other market and policy considerations, the Board cannot set the rates by solely updating the valuation model. However, for the sake of clarity and information, the Board analyses certain aspects of the valuation model to point out where it finds the evidence is either unclear, lacking or unconvincing.

Dans *Copie privée II*, la Commission a mis à jour le modèle d'évaluation existant afin d'établir les taux, de façon à refléter la preuve au dossier. Cette fois-ci, les incertitudes que soulève la preuve ainsi que d'autres facteurs économiques et de politique publique, font en sorte que la Commission ne peut établir les taux simplement en mettant le modèle à jour. Cependant, à des fins de clarté et d'information, la Commission analyse certains volets du modèle d'évaluation afin de souligner les endroits où elle considère que la preuve manque de clarté, n'est pas complète ou convaincante.

A. Valuation Model

A. Le modèle d'évaluation

CPCC's proposal is based on an updated version of the valuation model developed by Messrs. Stohn and Audley that the Board adopted in its two previous decisions. Generally, this model attempts to capture the value of each private copy of a sound recording, to estimate the average number of private copies made onto each audio recording medium, and thus calculate rights-holders' remuneration as a fixed rate per unit

La proposition de la SCPCP se fonde sur une version mise à jour du modèle d'évaluation mis au point par MM. Stohn et Audley et que la Commission a adopté dans ses deux décisions antérieures. De manière générale, ce modèle cherche à établir la valeur de chaque copie privée d'enregistrement sonore, à évaluer le nombre moyen de copies ainsi faites sur chaque support audio et, par conséquent, à calculer la rémunération des titulaires de droits selon un taux fixe à l'unité.

Both CSMA and the Retailers suggest that the Board adopt an *ad valorem* levy rate (a proportion of the sale price), consistent with similar proposals made in previous proceedings. However, other than the fact that this approach is followed in the United States, they offer little justification for it. Moreover, they fail to suggest specifically how levy rates would be established.

Tant la CSMA que les détaillants suggèrent que la Commission adopte un taux de redevance *ad valorem* (une proportion du prix de vente), dans la foulée de propositions comparables présentées lors des instances antérieures. Toutefois, abstraction faite du fait que c'est ainsi qu'on procède aux États-Unis, ses défenseurs ont peu d'arguments pour en justifier la mise en œuvre. De plus, ils n'ont proposé aucune façon précise d'établir les taux de redevances.

The Board has previously rejected *ad valorem* levy rates primarily because the value of underlying intellectual property does not rise or fall with changes in the price of blank media.[51] Moreover, that the levy rate is linked with the value of the rights and benefits at the core of the private copying regime strengthens the nexus between the levies and the regime as a whole. An *ad valorem* rate would not have this advantage.

1. Remuneration from Prerecorded CD Sales

The model begins with the estimated remuneration received by rights-holders from the sale of a typical prerecorded CD. The Board agrees with CPCC that relying on authorized music downloads as a proxy might be more accurate but would be premature at this time. There is currently no established market for authorized downloads in Canada. Even in the United States, that market is only beginning to develop.

CPCC argues that the withdrawal of one of Canada's two record clubs from the market in 2000 would have an impact on the calculation of authors' remuneration. CPCC acknowledges that there was no evidence to show how much, if any, impact this development had on the market.

CPCC also argues that inflation has increased the price of a prerecorded CD, and consequently, the remuneration flowing to performers and makers. However, CSMA points out that under current market conditions in the industry, the price of prerecorded CDs is more likely to remain constant, if not decline.

For its part, CSMA proposes that the proxy should reflect royalty discounts that may apply in the case of singles. Here, the Board agrees with CPCC that the singles market has all but disappeared in Canada today.

La Commission a déjà refusé d'adopter des taux de redevances *ad valorem*, d'abord parce que la valeur de la propriété intellectuelle sous-jacente n'augmente ni ne diminue au gré de l'évolution du prix des supports vierges.[51] En outre, le fait de lier le taux de la redevance à la valeur des droits et avantages qui sont au centre du régime de copie privée renforce le lien qui existe entre les redevances et le régime dans son ensemble. Un taux *ad valorem* ne présenterait pas un tel avantage.

1. Rémunération tirée des ventes de CD préenregistrés

Le premier élément du modèle est la rémunération estimative que tirent les titulaires de droits de la vente de CD préenregistrés. Tout comme la SCPCP, la Commission croit qu'il serait préférable de se fonder sur le nombre de téléchargements autorisés de pièces musicales comme indicateur substitutif mais que pour l'instant, il serait prématuré de procéder de cette façon. À l'heure actuelle, il n'y a pas de marché établi pour les téléchargements autorisés au Canada. Même aux États-Unis, ce marché ne fait que commencer à se développer.

La SCPCP soutient que le retrait du marché de l'un des deux clubs de disques au Canada en 2000 aurait une incidence sur le calcul de la rémunération des auteurs. La SCPCP reconnaît qu'aucune preuve n'établit dans quelle mesure, le cas échéant, ce fait a influé sur le marché.

La SCPCP avance aussi que l'inflation a fait augmenter le prix des CD préenregistrés et, du coup, la rémunération que touchent les artistes-interprètes et producteurs. La CSMA souligne cependant que dans les conditions actuelles du marché, il est plus probable que le prix des CD préenregistrés demeure constant voire même qu'il baisse.

Pour sa part, la CSMA propose que l'indicateur reflète les escomptes sur la redevance qui peuvent s'appliquer dans le cas des enregistrements simples («*single*»). Ici, la Commission est d'accord avec la SCPCP lorsqu'elle affirme que ce marché a presque disparu au Canada.

Changes, if any, to other parameters in this section, such as per-song royalty rates or the average number of tracks on a CD for example, are negligible. Therefore, should the model be used to set the levy rates, there would be no substantial changes to make concerning the average remuneration flowing to authors, performers and makers from prerecorded CD sales.

2. Ineligible Repertoire

Some private copies are of recordings whose authors, performers and makers are not eligible for remuneration pursuant to Part VIII. In the case of authors, most of the recordings copied are eligible. In determining performers' and makers' eligible repertoire, CSMA submits that the Board should no longer rely equally on radio airplay and record sales data. It claims Canadian content regulations distort the figures. For the reasons already outlined in earlier decisions, the Board rejects CSMA's submission. The Retailers argue that CPCC ought to have found better information about the music that is actually copied by Canadians, but did not present any evidence of their own. In the absence of any direct evidence on the eligible repertoire that is copied, the Board would retain the approach used in past decisions. Also, the Board would use the new data submitted by CPCC. Indeed, this evidence was not contested.

3. The Ancillary Nature of Private Copying

Since its first decision, the Board has believed firmly that a fair and equitable levy rate cannot be determined without regard to the value that individual consumers place on private copies of sound recordings. Consumers are not willing to pay the same price for a private copy of music as for an original published sound recording. In some circumstances, a consumer might place only

Les changements qui auraient pu intervenir à l'égard des paramètres pertinents à cette étape de l'analyse (taux de redevance par chanson, nombre moyen de pistes sur un CD, etc.) sont négligeables. Il n'y aurait donc pas de modifications à apporter à la rémunération moyenne que tirent les auteurs, artistes-interprètes et producteurs de la vente de CD préenregistrés si l'on s'en remettait au modèle pour établir les taux de redevances.

2. Répertoire non admissible

On copie parfois des enregistrements dont les auteurs, artistes-interprètes ou producteurs ne sont pas admissibles à une rémunération en vertu de la partie VIII. Dans le cas des auteurs, presque tous les enregistrements copiés sont admissibles. Pour ce qui est des artistes-interprètes et producteurs, la CSMA estime que la Commission ne devrait plus se fier aux statistiques de diffusion à la radio et aux ventes de disques. Elle soutient que les règles sur le contenu canadien faussent les chiffres. Pour des motifs déjà présentés dans les décisions antérieures, la Commission rejette les observations de la CSMA. Les détaillants avancent quant à eux que la SCPCP aurait dû fournir de meilleurs renseignements concernant la musique que reproduisent les Canadiens, mais ils n'ont eux-mêmes présenté aucun élément de preuve. En l'absence de preuves directes relatives au répertoire copié admissible, la Commission s'en tiendrait à la démarche utilisée dans les décisions précédentes. De plus, la Commission utiliserait les nouvelles données fournies par la SCPCP. Ces dernières n'ont d'ailleurs pas été contestées.

3. Le caractère accessoire de la copie privée

Depuis qu'elle a rendu sa première décision, la Commission croit fermement qu'un taux de redevance juste et équitable ne peut être déterminé sans égard à la valeur qu'attribuent les consommateurs aux copies privées d'enregistrements sonores. Le consommateur n'est pas prêt à payer le même prix pour une copie privée que pour l'enregistrement original offert sur le marché. Dans certaines circonstances, il pourrait accepter de payer

slightly less value on a private copy. In many others, a consumer would be willing to pay nothing at all; he/she would simply not make private copies.

Initially, the Board estimated that consumers on average would pay half as much for a private copy. In its second decision, the Board was persuaded that where a private copy was of a track not already owned by the copier, a lesser discount of one quarter was warranted. This resulted in a higher levy rate. Now, CPCC presents an even more detailed structure that calculates different discounts (or, more accurately, no discount) for certain types of private copies.

CPCC submits that consumers place no less value on a private copy of a track that forms part of a compilation, than on the original track that is part of the complete album. The Board is not convinced that consumers hold "compilation" tracks on par with the value of original recordings.

According to those in the industry, prerecorded CDs are still "your best entertainment buy".[52] Indeed, there was new evidence in these proceedings concerning the quality of private copies. Compressed music is, in fact, of lower fidelity than uncompressed music. More importantly, consumers believe compressed copies to be of inferior quality, which affects the price they would pay.

The Board would prefer not to add twists to this already complex exercise by breaking down the "ancillary value" discount. It is not convinced that it is fair and equitable to micro-analyse or to quibble over technicalities. The ancillary value calculation is not capable of scientific quantification. It is meant to sense the quantitative and qualitative feelings of Canadian music consumers. The more technical and nuanced the exercise

presqu'autant pour la copie que pour l'original. Souvent par contre, il n'est pas disposé à payer quoi que ce soit; confronté à l'obligation de payer, il s'abstiendra tout simplement.

À l'origine, la Commission estimait que les consommateurs paieraient, en moyenne, la moitié de la valeur de l'original pour une copie privée. Dans sa deuxième décision, elle était convaincue que, dans le cas de la copie privée d'une pièce dont le consommateur ne possédait pas l'enregistrement, un escompte moindre de un quart était justifié, ce qui a entraîné une hausse du taux de redevances. La SCPCP présente cette fois une grille encore plus détaillée où figurent divers escomptes (ou, plus précisément, aucun escompte) pour certains types de copies privées.

La SCPCP soutient que les consommateurs accordent autant de valeur à la copie privée faisant partie d'une compilation de pièces qu'à l'original faisant partie de l'album complet. La Commission ne partage pas ce point de vue.

Selon les gens de l'industrie, le CD préenregistré demeure le [TRADUCTION] «meilleur achat dans le domaine du divertissement».[52] Par ailleurs, de nouveaux éléments de preuve ont été présentés relativement à la qualité des copies privées. La musique comprimée est effectivement d'une fidélité moindre que la musique non comprimée. Plus important encore, les consommateurs sont convaincus que tel est le cas, et cela influe sur le prix qu'ils sont prêts à payer.

La Commission préférerait ne pas ajouter de variantes à cet exercice déjà complexe en tentant de décomposer l'escompte lié à la «valeur accessoire». Elle n'est pas convaincue qu'il est juste de procéder à une microanalyse ou de ratiociner sur des technicalités. Le calcul de la valeur accessoire ne peut être fait scientifiquement. Il doit plutôt servir à évaluer le sentiment des consommateurs de musique canadiens, tant du point de vue quantitatif que qualitatif. Plus cette analyse devient technique et

becomes, the further it strays from its core purpose.[53]

4. Paid Downloads and Free Samples

Transactions in which the right to private copy is already acquired should be excluded in the calculation of the levy rates. In principle, levies may thus be phased out as paid downloads and free samples become more prevalent. For now, however, the Board has no convincing evidence on how extensive these transactions are.

5. Specific Media

a. *Audiocassettes*

Not much debate arose concerning the evidence on audiocassettes. In view of the above analysis, there would be no convincing reasons to change the rate applicable to these media.

Given that the Board considers that the zero-rating program is illegal, it can no longer compensate CPCC for the effect of the program on its revenues. This should lead, in theory, to a reduction of the audiocassette levy rate.

However, the audiocassette market has reached its maturity. Consumers have apparently accepted the levy on these media as an intrinsic component of the price. Thus, the rate should stay the same.

b. *CD-R and CD-RW*

CPCC argues that, in the 18 months preceding the hearing, the share of recordable CDs purchased by individual consumers, as opposed to organizations, went from 45 per cent to 70.8 per cent.

nuancée, plus elle s'éloigne de son objet premier.[53]

4. Téléchargements payants et échantillons gratuits

Les transactions englobant le droit de faire des copies privées devraient être soustraites du calcul du taux de la redevance. En principe, les redevances pourraient donc s'estomper au fur et à mesure que les téléchargements payants et les échantillons gratuits accroîtront leur part de marché. Pour l'instant cependant, la Commission n'a pas de preuve convaincante permettant d'évaluer l'importance de ces transactions.

5. Supports visés

a. *Cassettes audio*

La preuve spécifique aux cassettes audio n'a pas suscité beaucoup de débats. À la lumière de l'analyse qui précède, il n'y aurait aucune raison convaincante de modifier le taux applicable à ces supports.

Puisque la Commission considère que le programme d'exonération de la redevance est illégal, elle ne peut plus compenser la SCPCP pour les effets du programme sur ses revenus. Cela devrait en principe conduire à une réduction du taux de la redevance pour les cassettes audio.

Cependant, le marché de la cassette audio a atteint sa pleine maturité. Les consommateurs semblent avoir accepté que la redevance sur ce type de supports constitue une composante intrinsèque de son prix. Le taux devrait donc rester le même.

b. *CD-R et CD-RW*

La SCPCP soutient que, durant les 18 mois précédant l'audience, la part de CD enregistrables achetés par les consommateurs, par opposition aux institutions, est passée de 45 pour cent à 70,8 pour cent.

Réseau Circum's study, presented by CPCC, estimated the raw number of blank CDs purchased by individuals by asking consumers about their purchasing habits, and comparing that data to Mr. Audley's adjustment to Santa Clara's estimate of the size of the total market. The figures were adjusted to remove outliers, attribute an average to any nil responses, and discount for consumers' inevitable overestimation (telescoping) when asked about their past purchases. In these proceedings, Circum applied a telescoping or reduction factor, of 70 per cent for recordable CDs. In *Private Copying I*, this adjustment was 78 per cent. In *Private Copying II*, it was 28 per cent. These numbers are derived from the apparent difference between the respondents' reported purchases of prerecorded CDs and CPCC's experts' estimate of the actual number of prerecorded CDs purchased by Canadians during the same period.

Dans le cadre de l'étude effectuée par Réseau Circum et présentée par la SCPCP, on a évalué le nombre brut de CD vierges achetés par les particuliers en interrogeant les consommateurs au sujet de leurs habitudes d'achat et en comparant les données obtenues au rajustement apporté par M. Audley à l'évaluation de la taille du marché total effectuée par Santa Clara. Ces chiffres furent rajustés afin d'éliminer les observations aberrantes, d'attribuer une cote moyenne à toute réponse de valeur nulle et de pondérer les surévaluations que font inévitablement les consommateurs («téléscopage») lorsqu'on les interroge sur leurs achats antérieurs. Dans cette instance, Circum a appliqué un facteur de «téléscopage», ou facteur de réduction, de 70 pour cent aux CD enregistrables. Dans *Copie privée I*, cet ajustement était de 78 pour cent. Dans *Copie privée II*, cet ajustement était de 28 pour cent. Ces chiffres sont dérivés de la différence apparente entre le nombre de CD préenregistrés que les répondants ont déclaré avoir achetés et l'évaluation du nombre réel de CD préenregistrés achetés par des Canadiens durant la même période, selon les spécialistes de la SCPCP.

CSMA challenges the manner in which the proportion of "individual consumer" purchases was derived. For one, it notes that the total market size, used as the denominator, is far from settled. Furthermore, CSMA suggests that the number of media purchased by individuals, used as the numerator, is unreliable. It argues that statistical methods, some of which were not used in previous studies, diminish the data's reliability. CSMA criticizes the adjustment for telescoping by pointing out the inconsistencies that the technique produces with data about other products.

La CSMA conteste la façon dont la proportion d'achats effectués par les consommateurs a été calculée. Tout d'abord, elle note que la taille du marché total utilisée comme dénominateur est loin d'avoir été établie. Elle ajoute que le nombre de supports achetés par les particuliers n'est pas un numérateur fiable. Elle soutient que les méthodes statistiques, dont certaines ne furent pas utilisées dans les études antérieures, rendent les données moins fiables. Enfin, elle dénonce le rajustement effectué pour tenir compte du téléscopage en soulignant les incohérences qu'engendre cette technique appliquée aux données concernant d'autres produits.

One only has to look at Circum's estimates of the markets for CD-RWs, blank DVDs and removable memory to conclude that the results are improbable in some cases, and impossible in others. The estimates of individuals' purchases of different types of blank media appear to be consistently

Il suffit d'examiner les données estimatives de Circum relativement aux marchés des CD-RW, DVD vierges et mémoire amovible pour conclure que les résultats sont improbables dans certains cas et inconcevables dans d'autres. L'évaluation des achats de divers types de supports vierges effectués par les particuliers semble toujours surévaluée d'au

overestimated by at least 64 per cent to 600 per cent. For example, Circum estimated that individuals purchased nearly 22 million CD-RWs during a period when all other indications, including the Retailers' numbers, put the total market at only about 4 to 7 million units.[54]

CSMA also points out that office products and computer dealers have recently increased their share of sales volume of blank CDs. If one can say that businesses are more likely to be customers of such entities, their purchases should have increased. Accepting Circum's figure would mean that not only do organizations now account for a smaller proportion of sales, but also that the number of units sold to them actually fell.

Ultimately, CSMA argues there is no evidence to depart from the Board's previous estimate of 45 per cent. The Board agrees that the proportion of all purchases accounted for by individual consumers is not as high as Circum suggests. Yet given all the ambiguity surrounding this issue it is very difficult to identify the correct figure, which is essential ultimately in determining the levy rate.

CPCC and CSMA ask the Board to establish, for the first time, different rates for recordable CDs and rewritable CDs. Various characteristics such as re-recordability, a higher price and more limited distribution suggest that CD-RW may be less likely to be used for private copying. Survey evidence confirms that there are some differences regarding the proportions of CD-R and CD-RW used by individual consumers for purposes other than music. The distinction between the results of Circum's survey and that of Léger Marketing is one of degree.

moins 64 pour cent; dans certains cas, on parle même de 600 pour cent. Par exemple, Circum a estimé qu'environ 22 millions de CD-RW avaient été achetés durant une période donnée alors que tous les autres indices, y compris les chiffres des détaillants, font plutôt état d'un marché total d'environ seulement 4 à 7 millions d'unités.[54]

La CSMA souligne également que les magasins de fournitures de bureau et d'ordinateurs ont récemment accru leur part du volume de ventes de CD vierges. Si l'on peut dire qu'il y a plus de chances que l'on retrouve des institutions parmi la clientèle de ces commerçants, leurs achats auraient dû augmenter. Or, si l'on se fie aux chiffres de Circum, non seulement les institutions comptent maintenant pour une proportion plus modeste des ventes mais en plus, le nombre d'unités qu'elles ont achetées a baissé.

En fin de compte, la CSMA soutient qu'aucun élément de preuve ne permet de revenir sur le taux estimatif de 45 pour cent établi antérieurement par la Commission. La Commission croit elle aussi que la proportion de tous les achats effectués par les consommateurs n'est pas aussi élevée que les données de Circum l'indiquent. Malgré tout, étant donné l'ambiguïté qui règne à ce propos, il est très difficile d'établir un chiffre exact, outil essentiel dans l'établissement du taux de la redevance.

Pour la première fois, la SCPCP et la CSMA ont demandé à la Commission d'établir des taux différents pour les CD enregistrables et les CD réinscriptibles. Diverses caractéristiques (réenregistrement possible, prix plus élevé, distribution plus limitée, etc.) donnent à penser que les seconds sont moins susceptibles que les premiers de servir à des fins de copie privée. La preuve par sondage confirme le fait qu'il existe des différences entre la part de CD-R et la part de CD-RW qu'utilisent les consommateurs à des fins autres que la reproduction d'enregistrements musicaux. La différence entre les résultats du sondage de Circum et les données de Léger Marketing en est une de degré.

In this hearing, there is evidence that would justify different levy rates.

CSMA proposes additional discounts for CDs given away blank, and CDs given away after recording. CDs given away blank are ultimately used in the same way as the other blank CDs, so no discount is warranted in this respect. CSMA is correct that distributing CDs containing music, even as a gift, is not private copying; this activity should be excluded in the calculation of the levy rates. There is however no evidence to allow the Board to calculate it.

The submissions of CPCC and CSMA vary only minutely with respect to spoilage discounts, recording capacity and usage adjustments.

Given the uncertainties surrounding important figures, the Board would not be able to update the valuation model to set the rates for CD-Rs and CD-RWs.

c. *CD-R Audio, CD-RW Audio and MiniDiscs*

There is little specific evidence regarding these media. Previously, the Board has proceeded based upon assumptions. During this hearing, the Board questioned those assumptions, but was given little information in response. Therefore, the Board would be inclined to merge the rate for CD-Rs and CD-RWs Audio with other blank CDs. However, the lack of solid evidence justifies maintaining the status quo.

d. *Non-removable memory permanently embedded in Digital Audio Recorders*

It is first important to recall that the Board is approving a levy not on devices but on memory in certain devices. CPCC proposes a

Dans cette instance, la preuve justifierait des taux de redevances différents.

La CSMA propose des escomptes supplémentaires pour les CD qu'un consommateur donne lorsqu'ils sont encore vierges ou après y avoir enregistré de la musique. Les CD vierges que l'on donne finissent par être utilisés comme les autres CD vierges, et il n'y a donc pas lieu d'accorder un escompte à cet égard. Par contre, la CSMA a raison d'affirmer que le fait de distribuer un CD contenant de la musique ne constitue pas un acte de copie privée, même lorsqu'il s'agit d'un cadeau. Ce genre d'activité devrait être soustrait du calcul du taux de redevances. La preuve ne permet cependant pas à la Commission d'en faire le calcul.

Pour ce qui est des escomptes pour gaspillage, la capacité de stockage et les rajustements relatifs au taux d'utilisation, les propos de la SCPCP et de la CSMA sont les mêmes pour l'essentiel.

Étant donné les incertitudes en ce qui a trait à des valeurs importantes, la Commission ne pourrait pas établir les taux pour les CD-R et les CD-RW en mettant le modèle à jour.

c. *CD-R Audio, CD-RW Audio et MiniDisc*

Il y a peu d'éléments de preuve précis se rapportant à ces supports. À ce jour, la Commission s'est fondée sur des hypothèses. Cette fois-ci, elle a remis ces hypothèses en cause mais a reçu peu de renseignements en retour. Elle serait donc tentée d'assujettir les CD-R et les CD-RW Audio au même taux que les CD vierges. Toutefois, le manque de preuve solide plaide en faveur du maintien du statu quo.

d. *Mémoire non amovible intégrée en permanence aux enregistreurs audionumériques*

Il importe d'abord de rappeler que la Commission approuve une redevance sur la mémoire intégrée à certains appareils et non sur ces derniers. La SCPCP

graduated structure of 1.08¢ for each Mb of memory up to and including 1 Gb, $7.76 per Gb for the 2nd through 5th Gbs, $5.81 per Gb for the 6th through 10th Gbs, $3.88 per Gb for the 11th through 20th Gbs and $1.93 per Gb for the 21st and all subsequent Gbs.

This per Mb or Gb structure is similar to the "per minute" rate rejected by the Board in *Private Copying I*. It is also overwhelmingly complex. Furthermore, almost all of the CPCC's figures pertaining to these media are based on speculation.[55]

The Board notes that there is a large range in storage capacity with this kind of media. Much depends upon the format; hard disk memory can typically hold much more music than solid state memory. For this reason, a tiered structure is desirable.

It is safe to say that as capacity increases, consumers are less likely to use all available memory space for copying music. Also, since consumers' demand for private copies is finite, there comes a point when more capacity simply is not useful for the purpose of private copying. Therefore, a per Gb rate is inappropriate beyond a certain point.

The Board also notes objectors' concerns about so-called "Moore's law", which basically suggests that prices decline, and capacity increases, on a rapid and regular basis. Thus, although the Board declines to set an *ad valorem* rate, it must consider the likelihood that major changes in price and capacity could soon occur with respect to this kind of media.

The Board does not wish to impede the development of the emerging market for these new technologies in Canada. The Board also is conscious that consumers may be more sensitive to a levy on this kind of media than on others, since the cost of this medium

propose des taux de 1,08¢ pour chaque Mo de mémoire jusqu'à 1 Go, de 7,76 $ le Go pour le deuxième Go jusqu'au cinquième, de 5,81 $ pour le sixième Go jusqu'au dixième, de 3,88 $ pour le onzième jusqu'au vingtième et de 1,93 $ pour le vingt et unième et tous ceux après.

Cette grille de taux par Mo ou Go, ressemble au taux «par minute» que la Commission avait rejeté dans *Copie privée I*. Elle est également très complexe. De plus, presque tous les chiffres que la SCPCP avance à l'égard de ces supports se fondent sur des spéculations.[55]

La Commission note que la capacité de stockage de ce type de supports varie grandement. Tout dépend du dispositif utilisé : un disque dur peut habituellement stocker beaucoup plus de musique que la mémoire à semiconducteurs. Il est donc souhaitable d'étager le taux.

On peut raisonnablement affirmer que plus la capacité de stockage augmente, moins le consommateur est porté à utiliser tout l'espace disponible pour copier de la musique. De plus, comme la demande pour les copies privées connaît un point de saturation, il devient éventuellement inutile d'avoir plus de capacité de stockage à des fins de copie privée. Un taux par Go n'est donc pas approprié passé un certain point.

La Commission note également que certains opposants sont préoccupés par la loi dite de Moore, selon laquelle les prix chutent et la capacité augmente de façon rapide et régulière. Même si elle refuse d'établir un taux *ad valorem*, la Commission doit donc tenir compte de la possibilité que le prix et la capacité de ce type de supports changent radicalement dans un avenir rapproché.

La Commission n'entend pas entraver le développement du marché émergent de ces nouvelles technologies au Canada. Elle entend aussi garder à l'esprit la possibilité que les consommateurs réagissent davantage à une redevance sur ce type de supports qu'ils ne l'avaient fait relativement à

constitutes a higher proportion of their total income. It does not wish to encourage levy avoidance or evasion.

The levy must also be as simple as possible. Too complex a levy would put an onerous administrative burden on manufacturers and importers who must calculate their liability.

For the above reasons, the Board cannot set the rate based on the model proposed by CPCC. Instead, it establishes the rate by combining some of the principles underlying CPCC's proposal with other observations from the record about this kind of media.

The levy rate for non-removable memory permanently embedded in a digital audio recorder is set at $2 for each recorder that can record no more than 1 Gb of data, $15 for each recorder that can record more than 1 Gb and no more than 10 Gbs of data, and $25 for each recorder that can record more than 10 Gbs of data.

B. Market and Policy Considerations

In general, the Board feels uneasy with the record presented, and several uncertainties remain, as explained in the analysis of the model above. In addition, other considerations reinforce the Board's sense of hesitation to modify the levy rates and confirm the need for stability. These are discussed below.

1. Grey and Black Markets

A levy is payable on every blank audio recording medium manufactured or imported in Canada for the purpose of trade. Units disposed of for the purpose of trade, but levy-free, constitute the "black market" for audio recording media. The black market is

d'autres, puisque le coût de ce support constitue une proportion plus importante de leur revenu total. Elle ne désire pas favoriser l'émergence de marché gris ou noir.

La redevance doit également être aussi simple que possible. Une redevance trop complexe imposerait un fardeau administratif onéreux aux fabricants et aux importateurs qui doivent établir leurs obligations de paiements.

Pour toutes ces raisons, la Commission n'est pas en mesure d'établir le taux en s'appuyant sur le modèle mis de l'avant par la SCPCP. Elle le fera plutôt en tenant compte à la fois de certains principes sous-jacents à ce modèle et d'autres observations tirées du dossier relatives à ce type de supports.

Le taux de la redevance applicable à la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique est établi à 2 $ par enregistreur pouvant enregistrer au plus 1 Go de données, 15 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus d'un Go et au plus 10 Go de données, et 25 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 10 Go de données.

B. Considérations relatives au marché et à la politique publique

De manière générale, le dossier de la présente affaire déconcerte la Commission. Tel qu'on vient de le mentionner lors de l'analyse du modèle, plusieurs incertitudes demeurent. De plus, d'autres considérations viennent confirmer son sentiment d'hésitation à changer les taux de redevances et le besoin de stabilité. C'est ce dont il sera question maintenant.

1. Marché gris et marché noir

Une redevance est exigible sur chaque support audio vierge fabriqué ou importé au Canada à des fins commerciales. Les supports aliénés dans un but commercial sans qu'une redevance ne soit perçue se transigent sur le marché noir, qui est illégal. Par ailleurs, n'importe qui peut importer librement des

illegal. However, anyone may freely import media and use them for any purpose except trade, even for copying music. Such activities are commonly referred to as the "grey market". The grey market is not illegal, although it may have undesirable effects.

supports et les utiliser à toute fin autre que commerciale, y compris pour copier de la musique. Ce commerce est communément désigné de «marché gris». Le marché gris n'est pas illégal, mais il peut avoir des effets indésirables.

As discussed earlier in these reasons, there is uncertainty about the size of the market for blank media, and in particular recordable CDs. The Retailers' numbers cannot be reconciled with those of CPCC and CSMA. The Retailers claim to have purchased nearly twice as many blank CDs as were reportedly sold by Canadian manufacturers and importers.

Comme nous l'avons déjà dit, on ne connaît pas la taille exacte du marché des supports vierges, en particulier des CD enregistrables. Les détaillants prétendent avoir acheté près de deux fois plus de CD vierges que les fabricants et importateurs canadiens ont déclaré en avoir vendu. Leurs chiffres ne concordent pas avec ceux de la SCPCP et de la CSMA.

CPCC submits that the Retailers' numbers are simply wrong, although no evidence has led on this point. We are dealing here with major retailers who, it must be presumed, have accurate accounting procedures. There could be a combination of explanations for the discrepancies. Perhaps there was a significant lag in inventory, or there may be different reporting systems among the Retailers (although such hypotheses were not put forward by anyone during the hearing). Possibly, significant levy evasion is also occurring in the market.

La SCPCP soutient, sans preuve à l'appui toutefois, que les chiffres avancés par les détaillants sont tout simplement erronés. Ces derniers sont d'importantes entreprises; il faut donc présumer que leurs procédures comptables sont fiables. Une combinaison de facteurs pourrait expliquer ces différences. L'inventaire a peut-être connu d'importants retards; chaque détaillant a peut-être utilisé des systèmes de déclaration différents. Cela dit, personne n'a soumis de telles hypothèses à l'audience. Il se peut aussi que l'évasion tarifaire soit très importante dans le marché.

Any grey market would be in addition to this levy evasion. It is unclear whether grey market transactions are captured in any data before the Board. CPCC's estimates are based upon Santa Clara's estimates, which in turn are based upon market share information provided to it from those in the industry. Estimates pertaining to the Canadian market, however, likely do not include direct sales from foreign suppliers to Canadian end users. Moreover, those who do not wish to pay the levy are not likely to report their purchases to either CPCC, Santa Clara or industry associations.

Tout marché gris s'ajouterait à cette évasion tarifaire. On ne saurait dire si les données présentées à la Commission tiennent compte des activités dans ce marché. L'évaluation de la SCPCP se fonde sur celle de Santa Clara, laquelle repose sur des renseignements fournis par les intervenants de l'industrie sur les parts de marché qu'ils détiennent. Il est cependant probable que les estimations concernant le marché canadien ne tiennent pas compte des ventes de fournisseurs étrangers faites directement à des utilisateurs canadiens. De plus, il ne faut pas s'attendre à ce que les personnes qui cherchent à éviter de payer la redevance déclarent leurs achats à la SCPCP, à Santa Clara ou aux associations industrielles.

There are additional reasons to suspect that grey and black markets exist. For one, CPCC

Il y a des raisons additionnelles de soupçonner qu'il existe des marchés gris et noir. Premièrement, la

and CSMA jointly asked the Board to amend the 2001-2002 tariff to address enforcement issues. At that time, both parties submitted that the level of levy evasion represented a "material" change in circumstances, important enough to justify reopening the tariff. CPCC and CSMA also submitted a joint request to the government to modify the *Act* in two respects. They asked that what are now legal grey market activities be made subject to the levy, and they sought penalties for those who purchase blank media on the black market. One could infer from this that those directly concerned with the issues believe that there are serious problems. Furthermore, CD burners are increasingly available, private copying is supposedly on the rise and there are numerous new uses for blank CDs. Yet CPCC believes that blank CD sales have risen only slightly despite these developments. This seems counterintuitive.

SCPCP et la CSMA ont conjointement demandé à la Commission de modifier le tarif 2001-2002 afin de régler certaines questions concernant sa mise en application. À ce moment, les deux parties ont soutenu que le niveau d'évasion tarifaire constituait une «évolution importante» justifiant la réouverture du tarif. La SCPCP et la CSMA ont aussi demandé au gouvernement de modifier la *Loi* à deux égards. Elles souhaitent, d'une part, que les activités légales associées au marché gris soient assujetties à la redevance et que, d'autre part, ceux qui achètent des supports vierges sur le marché noir soient passibles de sanctions. On peut en déduire que les personnes directement touchées par cette situation estiment qu'il y a de sérieux problèmes à régler. Par ailleurs, les graveurs de CD sont de plus en plus faciles à acquérir, on soutient que la copie privée connaît une recrudescence et les CD vierges sont l'objet de nombreuses nouvelles formes d'utilisation. Il est donc paradoxal que la SCPCP croie néanmoins que les ventes de CD vierges n'ont que légèrement augmenté.

The Board heard testimony from one of CSMA's witnesses, Mr. Bourrier, that the general impression among those in the industry is that the number of levy-evaded product sales "is in the 30 per cent or higher than 30 per cent range". However, Mr. Bourrier also added that this number is "based on our feelings of what we see in the market in the activities of customers and retailers, it's not based on data that we can see real numbers."[56] In addition, it was shown that CPCC was already taking action in respect of the few brands Mr. Bourrier could identify.

L'un des témoins de la CSMA, M. Bourrier, soutient qu'au sein de l'industrie, on estime la proportion des ventes faisant l'objet d'évasion tarifaire [TRADUCTION] «à 30 pour cent ou même plus». Le témoin a toutefois ajouté que ce nombre [TRADUCTION] «est basé sur la perception que nous avons des activités de nos clients et des détaillants dans le marché, et non sur des données réelles.»[56] De plus, il a été démontré que la SCPCP a déjà entrepris des démarches à l'égard des quelques marques que M. Bourrier a pu identifier.

According to CPCC, one of the reasons to believe that there is little or no grey market is that the price elasticity of demand is relatively low. CPCC's expert, Mr. Ciric, based this assumption largely on the fact that blank media constitute a low proportion of household spending. Hence, the levy could not be a probable cause of any grey market transactions. The Board does not disagree that

Selon la SCPCP, il y a lieu de croire que le marché gris est à peu près, voire complètement inexistant en raison, entre autres, de la faiblesse relative de l'élasticité de la demande par rapport aux prix. Le spécialiste de la SCPCP, M. Ciric, a fondé cette hypothèse surtout sur le fait que les supports vierges représentent une faible part des dépenses des ménages. Il s'ensuit que la redevance ne peut probablement pas engendrer d'activités sur un

most individual consumers are not highly sensitive to price fluctuations. However, businesses and other organizations are probably more responsive. One also should not ignore price elasticity for illegitimate manufacturers, importers and distributors in the black market.

éventuel marché gris. La Commission admet que la plupart des consommateurs ne sont pas très sensibles aux variations de prix. Cependant, les entreprises et autres institutions le sont vraisemblablement plus. Il ne faut pas oublier non plus l'incidence de l'élasticité de la demande par rapport aux prix pour les fabricants, les importateurs et les distributeurs du marché noir.

It remains to be determined, however, just how significant the non-levied markets are. The lack of concrete evidence is not surprising to the Board, since the only persons with actual knowledge of such activities, i.e. those engaging in grey or black market transactions, have every incentive to avoid the Board if possible. In the end, the Board is persuaded that there are grey and black markets for blank CDs.

Cela dit, il reste à déterminer l'importance des marchés qui échappent à la redevance. L'absence de preuve concrète n'a rien pour surprendre : les seules personnes vraiment en mesure de renseigner la Commission sur ces activités sont celles qui participent aux marchés gris ou noir, et elles ont toutes les raisons du monde d'éviter la Commission dans la mesure du possible. En fin de compte, la Commission est convaincue que ces marchés existent pour les CD vierges.

The Board must still determine whether this phenomenon is relevant. Grey and black markets are of concern to the Board for a number of reasons. Black market activities are undesirable for all concerned, since CPCC will be deprived of revenues and legitimate manufacturers, importers, distributors and retailers will be deprived of sales. Grey market activities are not desirable either. Those involved in the distribution of blank media are significantly impacted when businesses turn to foreign suppliers for blank media purchases. Also, individuals who use grey market media for private copying defeat the purpose of the regime.

Reste à déterminer si ce phénomène est pertinent. Les marchés gris et noir inquiètent la Commission pour divers motifs. Les activités du marché noir sont indésirables pour tous les intervenants : elles privent de revenus la SCPCP et de ventes les fabricants, importateurs, distributeurs et détaillants légitimes. Il en est de même des activités du marché gris. Les personnes engagées dans la distribution de supports vierges subissent d'importants contrecoups lorsque les entreprises s'adressent à des fournisseurs étrangers. De plus, les consommateurs qui se procurent des supports sur le marché gris pour faire de la copie privée sapent les objectifs du régime.

Objectors argue that a higher rate would result in a greater incentive to smuggle and resell blank media on the black market. They also submit that a higher rate would encourage grey market activities. In short, an increased rate might further destabilize the blank media market. For the moment, the best the Board can do is to proceed with caution. Keeping the rates at their current levels should avoid these pitfalls. In the future, the Board would expect to obtain a more accurate

Les opposants soutiennent qu'un taux majoré inciterait à la contrebande et à la revente de supports vierges sur le marché noir tout en encourageant les activités du marché gris. Bref, un taux majoré pourrait déstabiliser le marché des supports vierges davantage qu'il ne l'est peut-être en ce moment. Pour l'instant, le mieux que puisse faire la Commission, c'est d'agir avec prudence. Maintenir les taux à leur niveau actuel devrait permettre d'éviter ces écueils. À l'avenir, la Commission s'attend à obtenir une évaluation plus précise de la

evaluation of the size of the relevant markets and of the impact that the levy has on rights-holders, the industry and consumers.

2. Ability to Pay and the Public Interest

The ability of the market to bear the burden of the levy is a significant consideration for the Board. The Board must ensure that the levy is fair and equitable for all, including those to whom the costs of the levy are passed. The Board considers that this is presently the case. It is convinced that higher levies would represent a financial burden too important for consumers. Keeping the rates at their current levels enables the Board to ensure that consumers' capacity to pay is maintained.

3. International and Levy Distribution Considerations

Some participants lament the fact that part of the revenues generated by the levy will ultimately leave Canada to be distributed to foreign rights-holders. The Board heard that international treaties, if ratified, will require this country to devote a portion of the levies not only to foreign authors, but also to foreign performers and makers. Objectors also claim that Canada has the highest levies anywhere in the world.

A survey of the evidence reveals that rates in Canada are not dramatically different than in other countries, save for the United States. Regardless, if Canadian rights-holders are among the most well-remunerated globally, that is an achievement to be applauded, as long as the levies are fair and equitable for all stakeholders.

Even if a large proportion of these private copying levy revenues do leave Canada, that is not a policy decision to debate before the Board. The Board is not in a position to evaluate the economic, social or political

taille des marchés concernés ainsi que des répercussions qu'a la redevance pour les titulaires de droits, l'industrie et les consommateurs.

2. Capacité de payer et intérêt public

La capacité qu'a le marché d'assumer le fardeau lié à la redevance représente une considération importante pour la Commission. Celle-ci doit veiller à ce que la redevance soit juste et équitable pour tous, y compris pour ceux qui doivent en absorber le coût. La Commission considère que c'est le cas en ce moment. Elle est convaincue que des redevances plus élevées représenteraient un fardeau financier trop important pour les consommateurs. Maintenir les taux à leur niveau actuel permet à la Commission de s'assurer que la capacité de payer des consommateurs est maintenue.

3. Considérations relatives aux redevances versées à l'étranger et à la répartition des redevances

Certains participants se sont plaints amèrement du fait qu'une partie des revenus de la redevance quittera le Canada afin d'être répartie à des titulaires étrangers. On a aussi prétendu que si certains traités internationaux sont ratifiés, le Canada devra remettre une partie des redevances non seulement aux auteurs étrangers mais aussi aux artistes-interprètes et producteurs étrangers. Les opposants soutiennent également qu'au Canada, les redevances sont les plus élevées au monde.

Un survol de la preuve révèle que les taux en usage au Canada ne sont pas radicalement différents de ceux pratiqués dans d'autres pays, mis à part les États-Unis. Malgré tout, si les titulaires canadiens figurent parmi les mieux rémunérés à l'échelle mondiale, cela constitue une réussite devant être applaudie, pour autant que les redevances sont justes et équitables pour tous les intervenants.

Même si une forte proportion des revenus tirés de la redevance sur la copie privée aboutit à l'étranger, il ne s'agit pas d'une décision de politique publique à débattre devant la Commission. Celle-ci n'est pas en mesure d'évaluer les compromis d'ordre

trade-offs Canadian lawmakers might have weighed when considering this matter. The Board's role is to ensure that levies are fair and equitable for those granted rights by the *Act* (whatever their nationality), for payers of the levy and for others. It is not to ensure that Canadians, rather than foreigners, ultimately receive the revenues; that is a legislative choice.

In any event, it is far from settled that a significant amount of money does currently, or will in the future, flow out of the country. It is pointless to speculate on what Parliament may or may not do concerning its treaty obligations. The Board interprets and applies Canadian law as it is, and does not take account of any treaty that has been signed but not yet ratified. Thus, it is irrelevant to the Board whether or not Canadian officials have suggested that Canada intends to ratify, at some point, international treaties, which themselves are open to debate regarding their proper interpretation. Recall also that the *Act* permits the Board to reconsider the tariff upon proof of a material change in circumstances.[57]

Regarding distribution of the proceeds of the tariff, the private copying regime is barely five years old; the first tariff was certified just over three years ago. Revenues are, understandably, being distributed only now. This is very timely, especially compared to other countries. The Board feels that CPCC should be congratulated. It would clearly be inappropriate to discount the rates because of CPCC's allegedly deficient distribution practices. It is also clearly wrong to suggest that payers of the levy are entitled to the interest earned on undistributed levies.

économique, social ou politique dont le législateur canadien a peut-être tenu compte lorsqu'il a examiné ce dossier. Le rôle de la Commission est de veiller à ce que les redevances soient justes et équitables pour les personnes à qui la *Loi* confère des droits sans égard à leur nationalité, pour les payeurs de la redevance et pour les autres intervenants. Elle n'a pas à voir à ce que les redevances soient finalement versées aux Canadiens plutôt qu'aux étrangers : ces flux sont la conséquence d'un choix législatif.

Quoi qu'il en soit, il est loin d'être établi que beaucoup d'argent est versé à l'étranger en ce moment ou que cela sera le cas à l'avenir. Il serait futile de spéculer sur ce que le législateur a l'intention de faire pour s'acquitter des obligations que lui imposent les traités. La Commission interprète et applique le droit canadien dans sa forme existante, sans tenir compte de traités signés et non encore ratifiés. Il importe donc peu pour la Commission que des fonctionnaires canadiens aient laissé entendre que le Canada avait l'intention de ratifier éventuellement des traités internationaux dont l'interprétation même fait l'objet de débats. Rappelons également que la *Loi* habilite la Commission à reconsidérer le tarif en cas d'évolution importante.[57]

Reste la question de la répartition des redevances. Le régime existe depuis cinq ans à peine; l'homologation du premier tarif remonte à tout juste trois ans. La répartition des revenus, et c'est compréhensible, vient tout juste de commencer. On a fait preuve d'une grande diligence, surtout quand on compare à ce qui s'est produit ailleurs. La Commission croit que la SCPCP mérite des félicitations. Il ne convient donc pas, et c'est évident, d'appliquer un escompte en raison de procédés de répartition censément déficients de la SCPCP. Il est tout aussi fallacieux de prétendre que ceux qui versent la redevance devraient recevoir l'intérêt accumulé sur les redevances non réparties.

4. Digital Rights Management (DRM) Systems and Technological Protection Measures (TPM)

TPMs and DRM systems were described earlier in these reasons. Such systems are not yet utilized on a wide basis in the context of music. However, much of the discussion surrounding these developments related to the incompatibility of such mechanisms with private copying levies.

The Board was told that levies exist because rights-holders cannot effectively control private copying activities, and that such an assumption must be reevaluated in light of technological developments. The Retailers argue that levies act as a disincentive to rights-holders to adopt what they submit are preferable mechanisms to address private copying. Thus, they submit, levies should be eliminated as technology makes it possible for rights-holders to offer legitimate downloads, regardless of the extent to which they actually do.

This particular argument is more appropriately made to legislators than to the Board. Likewise, the Board's hearings are not the appropriate forum to debate fears that TPMs and DRM systems mean the end of the public domain, fair dealing and other "user-rights" concepts.

The Board declines to alter the levy rates based upon the extent to which DRM systems and TPMs are merely available. The Board has already described above how it would account for the extent to which the right to make private copies has been paid for. The level of actual deployment of TPMs and DRM systems in the context of music has an indirect bearing on this calculation. The more widespread TPMs and DRM systems become, the more rights-holders are likely to make content available legitimately, and therefore, the more consumers can be expected to have otherwise paid for private copying rights.

4. Systèmes électroniques de gestion du droit d'auteur (SEGDA) et mesures de protection technologiques (MPT)

Les MPT et les SEGDA sont décrits plus haut. On se sert toujours assez peu de ces systèmes en matière de musique. Cela dit, une bonne partie des discussions relatives à ces nouvelles technologies portait sur leur incompatibilité avec la perception de redevances sur la copie privée.

On a soutenu que les redevances existent parce que les titulaires de droits ne peuvent contrôler de façon efficace les activités de copie privée, et que cette hypothèse doit être réexaminée à la lumière de l'évolution des technologies. Les détaillants soutiennent que les redevances dissuadent les titulaires d'adopter ce qu'ils jugent être des mécanismes préférables pour gérer la copie privée. Ils soutiennent par conséquent que les redevances devraient être éliminées au fur et à mesure que la technologie permet aux titulaires d'offrir des téléchargements légitimes, peu importe s'ils le font ou non.

C'est au législateur et non à la Commission qu'il convient de soumettre cet argument. De même, les audiences de la Commission n'offrent pas la tribune appropriée pour débattre des craintes que les MPT et les SEGDA ne sonnent le glas du domaine public, de l'utilisation équitable et d'autres notions liées aux «droits des utilisateurs».

La Commission refuse de modifier les taux de redevances en fonction de la seule disponibilité de ces systèmes. Elle a déjà expliqué comment elle procéderait pour prendre en compte la mesure dans laquelle on a déjà payé pour le droit de faire de la copie privée. Le niveau de déploiement des MPT et des SEGDA dans le monde de la musique influe indirectement sur ce calcul. Plus ces technologies deviennent répandues, plus les titulaires de droits sont susceptibles de rendre les contenus disponibles de façon légale, et plus on peut s'attendre à ce que les consommateurs aient payé par ailleurs les droits de copie privée.

C. Certified Tariff

Considerations outlined in these reasons lead the Board to maintain the levy rates at their current levels for the years 2003 and 2004. The Board is simply not comfortable enough with the evidence presented to justify any increase in the rates. The Board believes that the rates established previously were, and are still, as fair and equitable as possible for all parties. It is not certain that the same could be said of higher rates.

Thus, the tariff as certified contains rates of 29¢ for each audiocassette of greater than 40 minutes, 21¢ for each CD-R and CD-RW, and 77¢ for each Audio CD-R and CD-RW and each MiniDisc. For the non-removable memory permanently embedded in a digital audio recorder, the Board adopts rates of $2 for each recorder that can record no more than 1 Gb of data, $15 for each recorder that can record more than 1 Gb and no more than 10 Gbs of data, and $25 for each recorder that can record more than 10 Gbs of data.

The Board is conscious that the rate certified for low-capacity recorders is higher than the rate proposed by CPCC. This decision is unavoidable considering the Board's wish to simplify the rate structure for those particular media as much as possible. Finally, given the small difference between the proposed and the certified rates (a matter of a few pennies or a dollar per recorder, at most), the Board is of the view that the unfairness created by overly complicating the rate structure would far outweigh any increased benefits that may result of capping the rate to the amounts proposed by CPCC.

V. TERMS AND CONDITIONS OF THE TARIFF

A. Apportionment of the Levies Amongst Collective Societies

As the Board heard no discussion on this issue, the Board apportions the levy in the

C. Tarif homologué

Les considérations exposées dans les présents motifs amènent la Commission à maintenir les taux de redevances à leur niveau actuel pour les années 2003 et 2004. La Commission a trop de réserves importantes à l'égard de la preuve au dossier pour justifier une augmentation des taux. La Commission est convaincue que les taux établis par le passé étaient, et sont toujours justes et équitables pour tous les intéressés. Elle ne le serait pas à l'égard de taux plus élevés.

Le tarif homologué prévoit donc des taux de 29¢ par cassette audio de plus de 40 minutes, de 21¢ par CD-R ou CD-RW, et de 77¢ par CD-R ou CD-RW Audio ou MiniDisc. En ce qui a trait à la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique, la Commission adopte des taux de 2 $ par enregistreur pouvant enregistrer au plus 1 Go de données, 15 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus d'un Go et au plus 10 Go de données, et 25 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 10 Go de données.

La Commission sait fort bien que le taux homologué pour les enregistreurs de faible capacité dépasse celui que la SCPCP avait proposé. La décision de la Commission est inévitable étant donné sa volonté de simplifier autant que possible la structure tarifaire visant ces supports. Enfin, compte tenu du petit écart entre les taux proposé et homologué (tout au plus quelques sous ou un dollar par enregistreur), la Commission croit que les injustices entraînées par une structure tarifaire exagérément compliquée seraient bien plus grandes que l'accroissement des bénéfices pouvant découler de l'imposition d'un plafond correspondant aux redevances que la SCPCP avait demandées.

V. MODALITÉS AFFÉRENTES AU TARIF

A. Répartition de la redevance entre les sociétés de gestion

Comme la Commission n'a rien entendu à ce sujet, elle répartit la redevance de la même façon que dans

same way as in the previous private copying decision. Therefore, collective societies representing eligible authors are entitled to 66 per cent, eligible performers to 18.9 per cent and eligible makers to 15.1 per cent.

la décision antérieure sur la copie privée. Les sociétés de gestion qui représentent les auteurs admissibles ont donc droit à 66 pour cent, les artistes-interprètes admissibles à 18,9 pour cent et les producteurs admissibles à 15,1 pour cent.

B. Retroactivity

B. Rétroactivité

The certified tariff is effective from January 1, 2003 until December 31, 2004. It replaces the interim tariff certified on December 19, 2002. The only significant change from the interim tariff relates to non-removable memory permanently embedded in digital audio recorders.

Le tarif homologué prend effet le 1er janvier 2003 et prend fin le 31 décembre 2004. Il remplace le tarif provisoire du 19 décembre 2002. Le seul changement significatif par rapport à ce dernier porte sur la mémoire non amovible intégrée en permanence aux enregistreurs audionumériques.

Some objectors asked that the new tariff take effect 30 days or more after these reasons are released. Others, relying on paragraph 83(8)*(c)*, maintain that the application of the private copying tariff can only be prospective.

Certains opposants ont demandé que le nouveau tarif ne prenne effet que 30 jours ou plus après la publication des présents motifs. D'autres, s'appuyant sur le libellé de l'alinéa 83(8)*c)*, prétendent que l'application du tarif de copie privée est nécessairement prospective.

Paragraph 83(8)*(c)* provides that the Board is required to "certify the tariff as the approved tariff, *whereupon* that tariff becomes for the purposes of this Part the approved tariff". That being said, the interpretation put forward in these proceedings leads to absurd consequences in at least one respect. A proposed private copying tariff (as indeed any proposed tariff filed with the Board) must provide that the levies are to be effective for periods of one or more calendar years. As a result, the certified tariff must also be effective for one or more calendar years. Were a provision to prevent the retroactive application of the private copying tariff, rights-holders would lose the right to remuneration for a whole year should the Board fail to issue its decision before January 1 of that year.

L'alinéa 83(8)*c)* prévoit que le tarif devient homologué *dès lors* qu'il est certifié. Cela dit, l'interprétation mise de l'avant dans la présente affaire entraîne des conséquences absurdes au moins à un titre. Un projet de tarif en copie privée (comme d'ailleurs, tous les projets de tarif déposés auprès de la Commission) doit prévoir des périodes d'effet d'une ou de plusieurs années civiles. Il en découle nécessairement que le tarif homologué doit lui aussi porter sur une ou plusieurs années civiles. Une disposition empêchant l'application rétroactive du tarif de copie privée aurait pour conséquence que les titulaires perdraient leur droit à rémunération à l'égard d'une année complète si la Commission n'arrivait pas à rendre sa décision avant le premier janvier de l'année en question.

The fact that the tariff is certified after it comes into force does not create any difficulties of a practical nature since the levy

Le fait que le tarif soit homologué après sa date de prise d'effet ne soulève pas de difficultés d'ordre pratique puisque les taux de redevances des supports

rates remain the same for media that are already subject to the tariff. Furthermore, CPCC has already confirmed to the Board that for the period from January 1, 2003 to the date of this decision, it does not intend to collect any increase in the levy rates that might be set by the Board on media already levied.

As for non-removable memory permanently embedded in digital recorders, CPCC also undertook not to seek to collect royalties on media that would be subject to the tariff for the first time in respect of sales made before the tariff is certified. The Board feels it can rely on that undertaking. There remains the request that the tariff not be triggered for 30 or more days in respect of these newly levied media. The Board does not think this appropriate, given the relatively small number of media that would be targeted by this provision. It leaves it up to the protagonists to come to some sort of arrangement, if such an arrangement is indeed required.

C. Administrative Provisions

CSMA asks the Board to allow its members to deduct the administrative costs of the levy from the amounts payable to CPCC. It also suggests the terms for payment of the levies be extended to 90 days following the applicable accounting period.

The regime envisions some transactional costs to be borne by all parties. As such, the Board feels it is inappropriate for payers to deduct their administrative costs. Given that the Board intends not to change any other aspect of the existing tariff, save for the new levy on non-removable memory permanently embedded in digital audio recorders, the Board denies CSMA's request to change the accounting and payment periods. Moreover, there is no evidence to justify that such a change is necessary.

déjà assujettis à un tarif restent les mêmes. En outre, la SCPCP a déjà confirmé à la Commission que pour la période du 1er janvier 2003 à la date de la présente décision, elle n'entend pas percevoir toute augmentation des taux de redevances que la Commission pourrait déterminer pour les supports déjà tarifés.

Pour ce qui est de la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique, la SCPCP s'est aussi engagée à ne pas chercher à percevoir de redevances sur les supports assujettis au tarif pour la première fois à l'égard des ventes effectuées avant la date d'homologation du tarif. La Commission croit pouvoir s'en remettre à cet engagement. Reste la demande de repousser de 30 jours ou plus la prise d'effet à l'égard des supports nouvellement assujettis au tarif. La Commission ne croit pas opportun de le faire en raison du nombre relativement minime de supports qui feraient l'objet de la mesure. Elle laisse aux protagonistes le soin d'en arriver à un accommodement, pour autant que cela soit nécessaire.

C. Dispositions administratives

La CSMA demande à la Commission de permettre à ses membres de déduire les frais de gestion découlant de la redevance des montants payables à la SCPCP. Elle suggère aussi de porter à 90 jours suivant la période comptable applicable la date de versement des redevances.

L'économie du régime suppose que tous les participants supportent une partie des frais de transactions qui en découlent. C'est pourquoi la Commission ne juge pas approprié de permettre aux payeurs de déduire leurs frais d'administration. Comme elle n'a pas l'intention de modifier autrement le tarif existant, sauf l'ajout de la nouvelle redevance sur la mémoire non amovible intégrée en permanence aux enregistreurs audionumériques, elle rejette la demande de la CSMA touchant la modification des périodes comptables et de paiement. Par ailleurs, aucun élément de preuve n'établit qu'un tel changement est nécessaire.

On another matter, the Board decides to modify the wording of the interest on late payment clause to be consistent with its most recent decisions. Thus, interest is now calculated daily rather than monthly.

VI. CONCLUSION

In these proceedings, the Board was faced with a difficult challenge. It heard conflicting evidence concerning the Canadian market for blank audio recording media, and is no longer comfortable with its grasp of the true situation. It was required to interpret and apply a general legal definition to new technologies not contemplated at the time the law was enacted. It was presented an increasingly complex valuation model and that is ill-suited to deal with compressed music and high-capacity storage. It had to address a controversial zero-rating program with no legislative foundation, guidance from Parliament nor the tools to deal adequately with the underlying problems. It heard about DRM systems and TPMs, which call into question the fundamental assumptions underlying the need for private copying levies. It dealt with various other criticisms, even constitutional attacks, of the entire private copying regime. It was also presented an unsettling evidentiary record that did not justify the increases that were proposed. Consequently, the Board believes fairness and equity demand relative stability.

The fact that the levy rates have not increased does not necessarily mean that rights-holders' remuneration will not increase. On the one hand, if in fact private copying is on the rise, more blank media will be sold, which in turn will result in greater revenues for CPCC. On the other hand, the Board recognizes that revenues could be negatively affected by the breadth of the extended zero-rating program.

Sur un autre sujet, la Commission décide de modifier le libellé de la clause pour intérêts sur paiements tardifs pour être conforme à ses plus récentes décisions. Le montant des intérêts est donc maintenant calculé quotidiennement plutôt que mensuellement.

VI. CONCLUSION

Durant la présente instance, la Commission a fait face à un défi considérable. Elle a reçu une preuve contradictoire au sujet du marché canadien des supports audio vierges et doute maintenant vraiment comprendre la situation. Elle a aussi été tenue d'interpréter et d'appliquer une définition juridique générale à de nouvelles technologies qu'on n'aurait pu envisager au moment de l'adoption du régime. On lui a présenté un modèle d'évaluation de plus en plus complexe et qui ne convient pas à la musique comprimée et à la capacité de stockage élevée. Elle a également été saisie d'un programme d'exonération controversé, sans fondement législatif, directives parlementaires ou outils lui permettant de gérer adéquatement les problèmes sous-jacents. Les participants lui ont parlé des MPT et des SEGDA, lesquels remettent en question les hypothèses fondamentales qui sous-tendent la nécessité de redevances pour la copie privée. Elle a par ailleurs essuyé diverses autres critiques et a même été saisie de contestations constitutionnelles qui visaient le régime de la copie privée dans son intégralité. Enfin, on lui a présenté un dossier de preuve déroutant qui ne justifiait pas les augmentations proposées. En conséquence, la Commission estime que la justice et l'équité exigent une stabilité relative.

Le gel des taux de redevances n'entraînera pas nécessairement un plafonnement de la rémunération des titulaires de droits. D'une part, si la copie privée est en croissance, une plus grande quantité de supports vierges sera vendue, ce qui fera augmenter les revenus de la SCPCP. D'autre part, la Commission est consciente du fait que les revenus de la SCPCP pourraient être affectés à la baisse par la portée plus grande du programme élargi

The Board cannot foresee what the final impact on CPCC's total revenues will be.

d'exonération de la redevance. La Commission ne peut prévoir l'impact global sur les revenus totaux de la SCPCP.

Le secrétaire général,

Claude Majeau
Secretary General

ENDNOTES

1. *Tariff of levies to be collected by CPCC, in 1999 and 2000, for the sale of blank audio recording media in Canada*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/c17121999-b.pdf, 4 C.P.R. (4th) 15, application for judicial review dismissed, *AVS Technologies Inc. v. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*, (2000) 7 C.P.R. (4th) 68; 257 N.R. 283.

2. *Tariff of levies to be collected by CPCC, in 2001 and 2002, for the sale of blank audio recording media in Canada*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/c22012001reasons-b.pdf, 10 C.P.R. (4th) 289.

3. *Application to vary the tariff of levies to be collected by CPCC, in 2001 and 2002, for the sale of blank audio recording media, in Canada*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/c09042002-b.pdf, (2002) 18 C.P.R. (4th) 345.

4. Circum surveyed over 1000 Canadians per month for at least 21 months, and the Board understands that this work is ongoing. During the last half of 2001 and the first half of 2002, Circum spoke to over 12,000 people.

5. "MP3" is short for MPEG-3, or Motion Picture Experts Group, Audio Layer 3.

6. Such products may have internal memory capable of storing ephemeral copies in order to facilitate music playing, but CPCC has not sought a levy on this memory.

7. S. Stohn, transcripts at 1501, C. Brunet, transcripts at 2213.

NOTES

1. *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, en 1999 et 2000, pour la vente de supports audio vierges, au Canada*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/c17121999-b.pdf, 4 C.P.R. (4e) 15, demande de contrôle judiciaire rejetée, *AVS Technologies Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*, (2000) 7 C.P.R. (4e) 68; A.C.F. 960.

2. *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, en 2001 et 2002, pour la vente de supports audio vierges, au Canada*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/c22012001reasons-b.pdf, 10 C.P.R. (4e) 289.

3. *Demande de modification du tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, en 2001 et 2002, pour la vente de supports audio vierges, au Canada*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/c09042002-b.pdf, (2002) 18 C.P.R. (4e) 345.

4. Circum a interrogé plus de 1000 Canadiens par mois durant au moins 21 mois, et la Commission croit savoir que ce sondage est toujours en cours. Durant la deuxième moitié de 2001 et la première moitié de 2002, Circum a parlé à plus de 12 000 personnes.

5. «MP3» est l'abréviation de MPEG-3, qui signifie "Motion Picture Experts Group, Audio Layer 3".

6. Ces produits sont parfois dotés d'une mémoire interne pouvant stocker des copies éphémères en vue de faciliter la lecture d'enregistrements d'œuvres musicales, mais la SCPCP n'a pas cherché à faire imposer une redevance sur cette mémoire.

7. S. Stohn, transcriptions, page 1501; C. Brunet, transcriptions, page 2213.

8. In *Private Copying I*, the Board heard that roughly 934 million tracks were copied. In *Private Copying II*, curiously, the Board was told that this number dropped to near 570 million. In the survey period leading up to these proceedings, according to CPCC, Canadians copied just under 1.1 billion tracks.

9. Exhibit CPCC-4 at pp. 9-10.

10. Evidence on this subject is scattered throughout the record and the transcripts. The Board notes in particular Exhibits CPCC-17, CPCC-17A, CPCC-19 and CPCC-20, and CSMA-40 (Aid to Argument).

11. Santa Clara consulting group uses information gathered on the global market to produce different reports. They consult media and writer manufacturers, original equipment manufacturers, regional sales offices, distributors and value added resellers. From the figures they obtain, they assess the Canadian market share and provide a Canadian Study.

12. IRMA has access to information from its members, which control 80 per cent of the world media market. It provides a North American Study from which CPCC's experts estimate Canadian numbers.

13. Pursuant to section 85 of the *Act*, eligible rights-holders are authors of musical works in which copyright subsists in Canada, as well as performers and makers who are citizens or residents of Canada or of a country referred to in a ministerial statement. No such designation has been made to date.

14. Subsection 80(2) of the *Act*.

8. Dans *Copie privée I*, on a dit à la Commission qu'environ 934 millions de pièces avaient été copiées alors que, dans *Copie privée II*, ce chiffre tombe, curieusement, à près de 570 millions. Durant la période de sondage antérieure à l'instance, les Canadiens ont copié, selon la SCPCP, juste un peu moins de 1,1 milliard de pièces.

9. Pièce CPCC-4, p. 9-10.

10. Les éléments de preuve à cet égard se retrouvent à plusieurs endroits dans le dossier et les transcriptions. La Commission retient en particulier les pièces CPCC-17, CPCC-17A, CPCC-19 et CPCC-20, et CSMA-40 (Document d'appui à l'argumentation orale).

11. Le groupe d'experts Santa Clara publie une série de rapports en se fondant sur des données recueillies à travers le monde. Ils consultent des fabricants de supports et d'enregistreurs, équipementiers, bureaux régionaux de ventes, distributeurs et revendeurs de produits à valeur ajoutée. Sur la base de données ainsi obtenues, ils évaluent la part du marché canadien et publient leur étude canadienne.

12. IRMA obtient des renseignements de ses membres, qui contrôlent 80 pour cent du marché mondial des supports. Elle publie une étude nord-américaine à partir de laquelle les experts de la SCPCP ont estimé les données canadiennes.

13. Aux termes de l'article 85 de la *Loi*, les titulaires de droits d'auteur admissibles sont les auteurs d'œuvres musicales toujours protégées par le droit d'auteur au Canada ainsi que les artistes-interprètes et producteurs qui sont citoyens ou résidents du Canada ou d'un pays désigné dans une déclaration ministérielle. Aucune désignation de ce genre n'a été faite à ce jour.

14. Paragraphe 80(2) de la *Loi*.

15. Canadian courts are dealing with related issues in the context of the review of another of the Board's decisions: see *SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)*, [1999] 1 C.P.R. (4th) 417; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* v. *Canadian Assn. of Internet Providers* (C.A.) (2002) 4 F.C. 3, application for leave to appeal to the SCC granted, [2002] SCCA No. 289. American courts have also considered some of these issues recently: see for example *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et. al. v. Grokster, Ltd. et. al.*, CV 01-08541-SVW, (C.D. Cal. 2003); and *A and M Records, Inc* v. *Napster, Inc.* 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

15. Les tribunaux canadiens se penchent actuellement sur des questions connexes dans le contexte de l'examen d'une autre des décisions de la Commission : voir *Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet) (Re)* [1999] 1 C.P.R. (4e) 417; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* c. *Association canadienne des fournisseurs Internet (C.A.)* (2002) 4 C.F. 3, demande d'autorisation d'en appeler devant la CSC accueillie, [2002] CSCR nº 289. Les tribunaux américains ont aussi examiné certaines de ces questions récemment. Voir notamment *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et. al. v. Grokster, Ltd. et. al.*, CV 01-08541-SVW), (C.D. Cal. 2003); et *A & M Records, Inc* v. *Napster, Inc.* 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

16. Section 86 exempts sales to societies representing the perceptually disabled. Such societies are entitled to a refund if they purchase media not directly from a manufacturer or importer.

16. L'article 86 exempte les ventes au profit d'une société qui représente des personnes ayant une déficience perceptuelle. Ces sociétés ont droit à un remboursement si elles achètent des supports autrement que par l'entremise directe d'un fabricant ou d'un importateur.

17. C. Brunet, transcripts at 3414.

17. C. Brunet, transcriptions, page 3414.

18. *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467 at 485. See also *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] S.C.J. No. 77 (QL) *per* Binnie (dissenting) at para. 55.

18. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467 à 485. Voir aussi *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] A.C.S. No. 77 (QL) *par* Binnie (dissident) au par. 55.

19. H. Knopf, transcripts at 3763. For example, although there was little evidence in this respect, the suggestion was made to effectively "zero-rate" all CDs sold in packages of more than 100, or perhaps 400. H. Knopf, transcripts at 3762.

19. H. Knopf, transcriptions, page 3763. Il fut par exemple suggéré d'exonérer de la redevance tous les CD vendus en paquets de plus de 100 ou peut-être de 400, et ce, même s'il y avait peu d'éléments de preuve à cet égard. H. Knopf, transcriptions, page 3762.

20. H. Knopf, transcripts at 3758.

20. H. Knopf, transcriptions, page 3758.

21. See for instance *Private Copying II* at 14.

21. Voir par exemple *Copie privée II*, page 14.

22. See Exhibit RETAILERS-28, Government of Canada, Supporting Culture and Innovation: Report on the Provisions and Operation of the *Copyright Act*, Ottawa, 2003.

23. *Neighbouring Rights Collective of Canada v. Society of Authors, Composers and Publishers of Canada*, (2003) FCA 302; [2003] F.C.J. No. 1094 (QL).

24. *Act*, s. 83(8)(*a*)(ii).

25. See, for example, D. Collier, transcripts at 1919-1920; C. Brunet, transcripts at 1839.

26 Schedule B of the *Canada Act* (U.K.), 1982, c. 11.

27. R. Pitt, transcripts at 2262-2273.

28. *Reference re: Firearms Act*, [2000] 1 S.C.R. 783.

29. Should this contention be right, then Part VIII was improperly enacted, as its introduction did not comply with sections 53 and 54 of the *Constitution Act*, 1867.

30. *Private Copying I*, at 13-17.

31. J. Macera, transcripts at 3331.

32. [1999] 3 S.C.R. 134.

33. [1998] 2 S.C.R. 565.

34. *Ibid.*, para. 21.

35. *Westbank, supra* note 32 at 22.

36. *Ibid.*

37. *Supra* note 1.

22. Voir la pièce RETAILERS-28, Gouvernement du Canada, Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*, Ottawa, 2003.

23. *Neighbouring Rights Collective of Canada v. Society of Authors, Composers and Publishers of Canada*, (2003) CAF 302; [2003] A.C.F. nº 1094 (QL).

24. *Loi*, sous-al. 83(8)*a*)(ii).

25. Voir, par exemple, D. Collier, transcriptions, pages 1919-1920; C. Brunet, transcriptions, page 1839.

26. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, ch. 11, (R.-U.).

27. R. Pitt, transcriptions, pages 2262-2273.

28. *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* [2000] 1 R.C.S. 783.

29. S'il était retenu, la partie VIII n'aurait pas été promulguée de façon régulière, car son adoption ne serait pas conforme aux articles 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle* de 1867.

30. *Copie privée I*, pages 13-17.

31. J. Macera, transcriptions, page 3331.

32. [1999] 3 R.C.S. 134.

33. [1998] 2 R.C.S. 565.

34. *Ibid.*, par. 21.

35. *Westbank, supra* note 32 à la p. 22.

36. *Ibid.*

37. *Supra* note 1.

38. The Board stated in *Private Copying I*, at page 29, "the ordinary character of an occurrence is not necessarily a function of quantity, but rather a matter of consistency." Mr. Carruthers characterised the concept in an apt manner: he suggested something was ordinary if "it isn't weird ... and it is done by many many people." J. Carruthers, transcripts at 3094.

38. Dans *Copie privée I*, la Commission a déclaré (p. 29) que «ce qui confère à un événement ou à une situation son caractère habituel n'est pas nécessairement la quantité, mais plutôt la régularité.» M. Carruthers a défini cette notion avec justesse, en laissant entendre qu'une activité était habituelle si [TRADUCTION] «elle n'est pas bizarre et que c'est fait par beaucoup beaucoup de gens». J. Carruthers, transcriptions, page 3094.

39. Such as the notions of "substantial" part, "fair" dealing and "public" performances, for example. See *CCH Canadian Ltd.* v. *Law Society of Upper Canada*, [2002] 4 F.C. 213 at paras 92-97, leave to appeal to the SCC granted, [2002] SCCA No. 317; *Édutile Inc.* v. *Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195 at para. 22; *Ladbroke (Football), Ltd.* v. *William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 at 469, 473 (H.L.); and Vaver, D., *Copyright Law* (Toronto: Irwin Law, 2000) at 145.

39. Tel que les notions de partie «importante», d'utilisation «équitable» et d'exécution «publique», par exemple. Voir *CCH Canadienne Ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, [2002] 4 C.F. 213, par. 92-97, autorisation d'en appeler devant la CSC accordée [2002] SCCA nº 317; *Édutile Inc.* c. *Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195, par. 22; *Ladbroke (Football), Ltd.* v. *William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465-469, 473 (H.L.); Vaver, D., *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 145.

40. Department of Commerce, International Trade Administration, "Notice of Final Determination of Sales at Less Than Fair Value - Static Random Access Memory Semiconductors from Taiwan" A-583-827 (23 February 1998), available online: http://ia.ita.doc.gov/frn/9802frn/a583827.htm; and Department of Commerce, International Trade Administration, "Notice of Final Determination of Sales at Less Than Fair Value - Static Random Access Memory Semiconductors from Korea" A-583-828 (23 February 1998), available online: http://ia.ita.doc.gov/frn/9802frn/a580828.htm.

40. *Department of Commerce, International Trade Administration, "Notice of Final Determination of Sales at Less Than Fair Value - Static Random Access Memory Semiconductors from Taiwan,"* A-583-827 (23 février 1998), disponible en ligne à : http://ia.ita.doc.gov/frn/9802frn/a583827.htm; *Department of Commerce, International Trade Administration, "Notice of Final Determination of Sales at Less Than Fair Value - Static Random Access Memory Semiconductors from Korea,"* A-583-828 (23 février 1998), disponible en ligne à : http://ia.ita.doc.gov/frn/9802frn/a580828.htm.

41. E. Driedger, *Construction of Statutes*, (2nd ed., 1983) at 87; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Association.*, [2003] S.C.J. No. 27 (QL) at para. 20; *Bell ExpressVu Limited*

41. E. Driedger, *Construction of Statutes*, (2nd ed., 1983) à la page 87; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Association*, [2003] A.C.S. nº 27 au par. 20; *Bell ExpressVu Limited Partnership* v. *Rex*,

Partnership v. *Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559 at para. 26; s. 12, *Interpretation Act*, R.S. 1985, c. I-21.

42. *SOCAN* v. *CAIP*, [2002] 4 F.C. 3 at para.122. See also *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] S.C.J. No. 32 at para. 113 *per* Gonthier J. (dissenting).

43. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. at 431.

44. Apparently, these have 150 Mb of useable space.

45. H. Knopf, transcripts at 1879-1880.

46. R. Bourrier, transcripts at 1954-1955.

47. P. Audley, transcripts at 1772; R. Hofley, transcripts at 3645.

48. B. Gauthier, transcripts at 1298-1300.

49. See Exhibit CPCC-5 at b-65.

50. Note that a soundtrack that accompanies video does not qualify as a "sound recording" for present purposes: see *Act*, s. 2.

51. *Private Copying I* at 42.

52. D. Basskin, transcripts at 403 and 491.

53. For additional discussion of the factors relevant to this topic, refer to *Private Copying I* at 48-49, and *Private Copying II* at 11-14.

54. See Exhibits CPCC-6, CPCC-7, CPCC-20 and CSMA-37.

55. See Exhibit CPCC-7 at pp. 32-37.

56. R. Bourrier, transcripts at 1944.

57. *Act*, s. 66.52.

[2002] 2 R.C.S. 559 at para. 26; art. 12, *Loi d'interprétation*, L.R. 1985, ch. I-21.

42. *SOCAN* c. *ACFI*, [2002] 4 F.C. 3, par. 122. Voir aussi *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] A.C.S. nº 32, par. 113, juge Gonthier (dissident).

43. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S, p. 431.

44. Apparamment, ceux-ci ont 150 Mo d'espace utile.

45. H. Knopf, transcriptions, pages 1879-1880.

46. R. Bourrier, transcriptions, pages 1954-1955.

47. P. Audley, transcriptions, page 1772; R. Hofley, transcriptions, page 3645.

48. B. Gauthier, transcriptions, pages 1298-1300.

49. Voir Pièce CPCC-5 à la page b-65.

50. Soulignons que toute trame sonore accompagnant un vidéo n'est pas considérée comme un «enregistrement sonore» aux fins de la présente décision. Voir l'art. 2 de la *Loi*.

51. *Copie privée I*, page 42.

52. D. Basskin, transcriptions, pages 403 et 491.

53. Pour un exposé supplémentaire sur les facteurs pertinents, voir *Copie privée I*, pages 48-49, et *Copie privée II*, pages 11-14.

54. Voir les pièces CPCC-6, CPCC-7, CPCC-20 et CSMA-37.

55. Voir la pièce CPCC-7, p. 32-37.

56. R. Bourrier, transcriptions, page 1944.

57. *Loi*, art. 66.52.

DISSENTING OPINION BY VICE-CHAIRMAN CALLARY

I. INTRODUCTION

I am generally in agreement with my colleagues' analysis of certain of the major issues in their decision. I agree with their reasoning on constitutional issues. I am also in agreement with the section dealing with the definition of what constitutes an audio recording medium and therefore fully support their conclusion that DVDs and removable memory are not ordinarily used by individual consumers for copying music, at least for the time being.

I share some of their views on the interpretation of the private copying regime contained in the section on the Legislative Framework. For instance, I agree with them that the regime was meant to be universal. However, I also think that the regime was meant to be workable. In other words, it is perfectly legitimate in my view to rely on the zero-rating program to target as much as possible those who copy music, and hence to make the private copying regime acceptable to a vast number of Canadians who cannot use the media to make private copies. Public acceptance is integral to the regime's workability.

I do not share my colleagues' views on three crucial aspects of their decision. First, I cannot agree with their conclusion that because of uncertainties raised by the evidence and other market and policy consideration, the Board cannot set the rates by updating the valuation model.

Second, I do not feel the same uneasiness with the record and the uncertainties in the data on media sales in Canada presented at the hearing, and I do not share my colleagues' misgivings about the relative importance of transactions in which payment of the levy is

DISSIDENCE DU VICE-PRÉSIDENT CALLARY

I. INTRODUCTION

Dans l'ensemble, je souscris à l'analyse que font mes collègues de certaines des questions importantes traitées dans leur décision. Je suis d'accord avec le raisonnement qu'ils exposent à l'égard des questions d'ordre constitutionnel, ainsi qu'avec la partie de leur décision consacrée à la définition de support audio. J'appuie donc entièrement leurs conclusions selon lesquelles les consommateurs n'utilisent pas habituellement les DVD ou la mémoire amovible pour faire des copies pour usage privé, du moins jusqu'à maintenant.

Je partage certaines de leurs opinions sur l'interprétation du régime de copie privée exprimées dans leur analyse du cadre législatif. Je suis d'accord avec eux lorsqu'ils soutiennent, entre autres, que le régime est censé avoir un caractère universel. Toutefois, j'estime que l'on souhaitait aussi qu'il soit viable. En d'autres mots, il est parfaitement légitime, selon moi, de miser sur le programme d'exonération de la redevance pour cibler le plus possible ceux qui copient de la musique et rendre ainsi ce régime acceptable pour un très grand nombre de Canadiens qui ne peuvent utiliser le support pour faire de la copie privée. Sans l'aval du public, le régime ne saurait être viable.

Je ne partage pas leur point de vue sur trois aspects cruciaux de leur décision. Premièrement, je ne souscris pas à leur conclusion voulant que les incertitudes soulevées par la preuve et d'autres facteurs économiques et de politique publique fassent en sorte que la Commission ne puisse établir les taux en mettant le modèle d'évaluation à jour.

Deuxièmement, le dossier et les incertitudes liées aux données sur les ventes de supports au Canada présentées à l'audience ne m'inspirent pas les mêmes inquiétudes qu'à mes collègues, et je ne partage pas leur inconfort au sujet de l'importance relative des transactions à l'égard desquelles le paiement de la

either avoided or evaded (the so-called grey and black market transactions).

Third, I disagree with the majority's analysis of the Board's discretion to take into account CPCC's zero-rating program in setting the levy rates.

II. CPCC'S VALUATION MODEL AND THE LEVY RATES

The application of CPCC's valuation model warrants some detailed explanation of the elements of evidence that I used in making my calculations. Full details are found in Appendix I of these reasons.

A. Authors' Remuneration

The first element in this calculation is the mechanical licence royalty rate, per song, per top-line CD. CPCC indicates that the 2003 mechanical licence royalty rate is 7.7¢ per song. As no other party objects on this point, I accept CPCC's position. Also, since no new evidence was provided regarding the number of songs on a typical prerecorded CD, I would continue to use the estimate of 14 tracks, at an average length of 4 minutes, 10 seconds.

As in past decisions, a discount of 25 per cent is applied to the top-line mechanical royalty rate to account for record club and budget-line record sales, which were estimated previously to account for 40 per cent of prerecorded CD sales. CPCC notes that one of Canada's two record clubs withdrew from the market in 2000, so they estimate that record club and budget-line record sales have likely declined to no more than 30 per cent during 2001-2002. CPCC acknowledges, however, that they did not have access to the

redevance est évité, ou à celles pour lesquelles on l'évade (qu'on appelle aussi transactions sur les marchés gris et noir).

Troisièmement, je ne souscris pas à l'analyse que fait la majorité du pouvoir discrétionnaire qu'a la Commission de tenir compte du programme d'exonération de la redevance aux fins de l'établissement des taux de redevances.

II. LE MODÈLE D'ÉVALUATION DE LA SCPCP ET LES TAUX DE REDEVANCES

Il convient ici de décrire quelque peu en détail les éléments de preuve que j'ai utilisés dans la mise en application du modèle d'évaluation de la SCPCP. Les détails complets figurent à l'annexe I des présents motifs.

A. Rémunération des auteurs

Le premier élément de ce calcul est le taux de redevance des licences de reproduction mécanique par chanson, par CD haut de gamme. Selon la SCPCP, ce taux s'élève à 7,7¢ par chanson pour 2003. Comme aucune autre partie ne s'oppose à ce taux, j'accepte la position de la SCPCP. De plus, puisque aucune nouvelle preuve n'a été produite en ce qui concerne le nombre de plages que contient un CD préenregistré typique, je continuerais de me fonder sur le nombre de 14 pièces, d'une durée moyenne de 4 minutes 10 secondes chacune.

Comme dans les décisions antérieures, un escompte de 25 pour cent est appliqué au taux de redevance des licences de reproduction mécanique de CD haut de gamme pour tenir compte des ventes effectuées par les clubs de disques et celles des CD à prix modique qui représentent, selon les estimations antérieures, 40 pour cent des ventes de CD préenregistrés. Soulignant que l'un des deux clubs de disques du Canada s'est retiré du marché en 2000, la SCPCP estime que les ventes réalisées par ces clubs et les ventes de CD à prix modique ont vraisemblablement été ramenées à 30 pour cent au

necessary data to establish this percentage precisely. Consequently, a mid-point estimate of 35 per cent might be more appropriate.

CSMA proposes that two new discounts apply when estimating authors' remuneration. According to CSMA, the proxy should reflect royalty discounts that may apply in the case of singles and/or digital downloads. Hence, CSMA suggests a "singles" discount of roughly 25 per cent and a "technology" discount of 10 per cent. CPCC opposes the adoption of these discounts because the singles market has all but disappeared in Canada today, and a digital download market is yet to be established. I agree with CPCC.

Based on these determinations, the average remuneration paid to authors for a prerecorded CD is estimated to be 98¢ (line F, appendix 1).

B. Performers and Makers' Remuneration

Performers' and makers' average remuneration is calculated as a percentage of the suggested retail list price (SRLP) of a top-line prerecorded CD, estimated to be $19.98 in 2000. CPCC suggests that an annual inflation adjustment of 2.5 per cent would increase this figure to $20.49. The CSMA points out that the assumption that the SRLP is increasing, while at the same time record sales are declining and online downloads are sharply increasing, flies in the face of logic. I agree with the CSMA, and therefore assume that the SRLP for top-line CDs remains constant at $19.98.

Based on these determinations, the average remuneration paid to performers and makers is estimated to be $1.96 (line M, appendix 1). Combined with the 98¢ paid to authors, the

plus durant l'exercice 2001-2002. La SCPCP reconnaît toutefois qu'elle n'a pas eu accès aux données nécessaires pour établir ce pourcentage avec précision. Par conséquent, un point médian de 35 pour cent serait plus approprié.

La CSMA propose l'application de deux nouveaux escomptes dans l'évaluation de la rémunération des auteurs. Selon elle, l'indicateur substitutif devrait tenir compte des escomptes sur les redevances qui peuvent s'appliquer aux pièces individuelles ou aux téléchargements numériques. Elle suggère donc un escompte d'environ 25 pour cent pour les pièces individuelles et un escompte «technologique» de 10 pour cent. La SCPCP s'y oppose parce que le marché des pièces individuelles a pratiquement disparu au Canada, alors que le marché des téléchargements numériques reste à établir. Je suis d'accord avec la SCPCP.

Compte tenu de ce qui précède, la rémunération moyenne versée aux auteurs pour un CD préenregistré est évaluée à 98¢ (ligne F, annexe I).

B. Rémunération des artistes-interprètes et des producteurs

La rémunération moyenne des artistes-interprètes et des producteurs est calculée en fonction d'un pourcentage du prix de détail suggéré (PDS) d'un CD préenregistré haut de gamme, estimé à 19,98 $ en 2000. La SCPCP laisse entendre que l'application d'un facteur de rajustement pour l'inflation annuelle de 2,5 pour cent porterait ce prix à 20,49 $. La CSMA souligne que l'hypothèse voulant que le PDS augmente pendant que les ventes de disques régressent et que les téléchargements en ligne connaissent une croissance marquée est illogique. Je suis d'accord avec elle et je tiens donc pour acquis que le PDS des CD haut de gamme est toujours de 19,98 $.

Compte tenu de ce qui précède, la rémunération moyenne versée aux artistes-interprètes et aux producteurs est estimée à 1,96 $ (ligne M, annexe I). Ajoutée aux 98¢ versés aux auteurs, la rémunération

average remuneration paid to all rights-holders for a typical prerecorded CD is $2.94 (line N).

C. Qualifying Repertoire Adjustment

As in the majority's decision, I would also rely equally on radio airplay and record sales data to determine the percentage of private copies that are of performers' and makers' eligible repertoire. Based on the figures updated by CPCC, eligible repertoire is estimated to account for 47 per cent of all music privately copied. As a result, the imputed remuneration for eligible rights-holders for a typical prerecorded CD is estimated to be $1.38 (line S).

D. The Ancillary Nature of Private Copying

I generally agree with the majority on the need to continue to take into account this adjustment in the determination of the levy rates. I would slightly increase the adjustment to take into account some new evidence on the lower quality of MP3 files. Hence, I would put the discount at a value of 40 per cent, compared with 37.5 per cent that was used in the last decision.

Applying that discount to the imputed remuneration leads to an adjusted remuneration of 82.56¢ (line W). This is below 86.5¢, the value the Board used in the last decision, as a result of that higher discount.

E. Levy Rate for Audiocassettes

I would use essentially the same figures as in the last decision. Taking into account the zero-rating program in calculating the rate for audiocassettes, I would have certified a levy rate of 28¢ (line AC), 1¢ below the previous rate.

moyenne versée à tous les titulaires de droits à l'égard d'un CD préenregistré typique s'élève à 2,94 $ (ligne N).

C. Rajustement relatif au répertoire admissible

Tel que dans l'approche retenue par la majorité, je me fonderais moi aussi autant sur les données relatives au nombre de diffusions à la radio qu'au chiffre des ventes pour déterminer le pourcentage de copies privées tirées des répertoires admissibles des artistes-interprètes et des producteurs. Selon les chiffres mis à jour par la SCPCP, le répertoire admissible compte pour 47 pour cent de toute la musique copiée en privé. La rémunération estimée des titulaires de droits admissibles à l'égard d'un CD préenregistré typique s'élève donc à 1,38 $ (ligne S).

D. La nature accessoire de la copie privée

De façon générale, je suis d'accord avec la majorité sur la nécessité de continuer à tenir compte de ce rajustement aux fins de l'établissement des taux de redevances. Je l'augmenterais légèrement pour tenir compte de nouveaux éléments de preuve relatifs à la qualité inférieure des fichiers MP3. Je fixerais donc l'escompte à 40 pour cent, comparativement à la valeur de 37,5 pour cent utilisée dans la dernière décision.

L'application de cet escompte à la rémunération estimée donne lieu à une rémunération rajustée de 82,56¢ (ligne W), ce qui est inférieur au taux de 86,5¢ utilisé par la Commission dans la dernière décision.

E. Taux de redevance applicable aux cassettes audio

J'utiliserais pour l'essentiel les mêmes chiffres que ceux de la dernière décision. Compte tenu du programme d'exonération de la redevance aux fins du calcul du taux pour les cassettes audio, j'aurais homologué un taux de redevance de 28¢ (ligne AC), soit 1¢ de moins que le taux précédent.

F. Levy Rate for CD-Rs and CD-RWs

The first area where I do not share my colleagues' view is the determination of the proportion of blank CDs purchased by individual consumers. The Circum study, presented by CPCC, suggested that 70.8 per cent of all recordable CDs are purchased by individual consumers. This compares with the proportion of 45 per cent used in the last decision. My colleagues arrive at the conclusion that they cannot certify any rate increase based on evidence that they perceive to be too ambiguous. The figure of 70.8 per cent put forward by CPCC certainly seems to be too high, probably partly as a result of methodological problems with the manipulation of the survey data. It is worth noting here that the manipulation and use of survey data can never be done without problems, in this decision as well as in the preceding private copying decisions. Nevertheless, considering the evidence on the current prevalence of private music copying, there is no doubt in my mind that this proportion has increased since the last Board's decision. I am prepared to accept that 60 per cent of all CD-Rs or CD-RWs are being purchased by individual consumers.

The second area where I disagree with my colleagues is with respect to the proportions of CD-Rs and CD-RWs used by individual consumers for music copying. In the previous decision, the Board accepted the estimate of 56 per cent for both formats. In these proceedings, Circum found that 66 per cent of individuals last copied music onto CD-Rs, while Léger Marketing found such proportion to be 53 per cent. For CD-RWs, the findings were 49 per cent and 31 per cent respectively. Considering this relatively consistent evidence, I would tend to use the figures of 60 per cent for CD-Rs and 40 per cent for CD-RWs and certify different rates for CD-Rs and CD-RWs.

F. Taux de redevance applicable aux CD-R et aux CD-RW

Le premier point à propos duquel je ne suis pas d'accord avec mes collègues a trait à la détermination de la proportion des CD vierges achetés par les consommateurs. Selon l'étude de Circum présentée par la SCPCP, 70,8 pour cent de tous les CD enregistrables sont achetés par les consommateurs, alors que cette proportion était de 45 pour cent dans la dernière décision. Mes collègues en arrivent à la conclusion qu'ils ne peuvent homologuer une augmentation du taux en s'appuyant sur des preuves qu'ils jugent trop ambiguës. Le chiffre de 70,8 pour cent avancé par la SCPCP semble certainement trop élevé et est probablement en partie imputable à des problèmes d'ordre méthodologique liés à la manipulation des données du sondage. Il y a d'ailleurs lieu de noter ici que la manipulation et l'utilisation de données de sondage ne se fait jamais sans problèmes, cette fois-ci comme dans les décisions précédentes en copie privée. Quoi qu'il en soit, compte tenu de la preuve relative au taux de prévalence actuel de la copie privée de musique, il n'y a, selon moi, pas de doute que ce pourcentage a augmenté depuis que la Commission a rendu sa dernière décision. Je suis prêt à reconnaître que 60 pour cent de tous les CD-R et CD-RW sont achetés par les consommateurs.

La deuxième question qui m'oppose à mes collègues concerne les proportions dans lesquelles les consommateurs utilisent les CD-R et les CD-RW pour copier de la musique. Dans la décision précédente, la Commission avait accepté un pourcentage estimatif de 56 pour cent pour les deux types de supports. En l'espèce, Circum a établi que 66 pour cent des consommateurs avaient copié de la musique la dernière fois qu'ils avaient utilisé un CD-R, alors que selon Léger Marketing, cette proportion s'élevait plutôt à 53 pour cent. Dans le cas des CD-RW, ces proportions s'élèvent à 49 pour cent et à 31 pour cent, respectivement. Compte tenu de ces éléments de preuve relativement cohérents, j'aurais tendance à utiliser plutôt 60 pour cent pour les CD-R et 40 pour cent pour les CD-RW et à établir des taux différents pour les CD-R et les CD-RW.

CPCC suggests that a 12 per cent spoilage discount is no longer appropriate. It notes that consumers are becoming increasingly adept at copying music onto blank CDs, especially given technological developments and more user-friendly copying software. CSMA agrees that this discount should fall, but suggests 8.14 per cent as opposed to CPCC's 5 per cent. I would use 7.5 per cent. No discount is needed for CD-RWs, as this media is re-recordable.

As can be seen in Appendix 1, taking all of the above factors into account, I would have certified a rate of 29¢ for CD-Rs (line AF) and 21¢ for CD-RWs (line AI). This is respectively 8¢ more and the same as the previous rates.

G. Levy Rate for CD-Rs Audio, CD-RWs Audio and MiniDiscs

Based on most of the same assumptions as in the previous decision, the rate I would be ready to certify for these media is 72¢ (line AL).

H. Levy Rate for Non-Removable Memory Permanently Embedded in Digital Audio Recorders

I agree with the principles set up by the majority to determine the rate to apply to this type of media. I also agree with the rate certified by the majority.

I. Total Amount (Quantum) of Royalties Generated and Capacity to Pay

The levy rates I am proposing imply, of themselves, an increase in the total amount of royalties CPCC would be able to collect. Not taking account of the extended zero-rating program proposed by CPCC, these rates could generate as much as $47 million for the year 2004. However, since CPCC has

La SCPCP laisse entendre qu'un escompte de 12 pour cent pour le gaspillage ne convient plus. Elle souligne que les consommateurs qui copient de la musique sur des CD vierges deviennent de plus en plus adroits, en raison, notamment, de l'évolution de la technologie et de l'apparition de logiciels de reproduction plus conviviaux. La CSMA convient que cet escompte devrait être révisé à la baisse, mais elle suggère 8,14 pour cent alors que la SCPCP propose 5 pour cent. Pour ma part, j'utiliserais 7,5 pour cent. Aucun escompte n'est nécessaire pour les CD-RW, car ce support est réinscriptible.

Comme l'indique l'annexe I et compte tenu de tous les facteurs précités, j'aurais homologué un taux de 29¢ pour les CD-R (ligne AF) et de 21¢ pour les CD-RW (ligne AI), soit 8¢ de plus que le taux précédent pour les CD-R et le même pour les CD-RW.

G. Taux de redevance applicable aux CD-R Audio, aux CD-RW Audio et aux MiniDisc

M'appuyant sur la plupart des hypothèses énoncées dans la décision précédente, je serais disposé à homologuer un taux de 72¢ pour ces types de supports (ligne AL).

H. Taux de redevance applicable à la mémoire non amovible intégrée en permanence aux enregistreurs audionumériques

Je souscris aux principes énoncés par la majorité en vue de déterminer le taux applicable à ce type de supports ainsi qu'au niveau du taux qu'elle a homologué.

I. Montant total des redevances générées et capacité de payer

Les taux de redevances que je propose impliquent en soi, une augmentation du montant total de redevances que la SCPCP serait en mesure de percevoir. Abstraction faite du programme d'exonération élargi proposé par la SCPCP, ces taux pourraient générer jusqu'à 47 millions de dollars pour l'année 2004. Toutefois, comme la SCPCP

publicly committed to implement the extended zero-rating program as soon as this Board's decision is issued, it is realistic to estimate that CPCC's royalties would rather be in the order of $30 to $35 million.

A rate of 29¢ on CD-Rs does not appear to be excessive in my view. First, as many business users would be able to benefit from the zero-rating program, they would not have to pay any levy. Individuals would have to pay. However, since purchases of CDs would still remain a very small proportion of any consumer's budget, the consumers' ability to pay the extra 8¢ per blank CD would not appear to be at stake.

III. LEVY AVOIDANCE AND LEVY EVASION

I do not share my colleagues' preoccupation with grey market considerations and data inconsistencies, and I do not agree with their conclusion that significant levy evasion currently exists in the market to the extent that it would justify a need for levy rate stability. Personally, I continue to view the CPCC and Santa Clara media sales data to be reliable, although I agree that more efforts could be made to further test their validity next time around. And I am of the view that even if some degree of levy evasion already exists, it is not to the extent that my colleagues suggest.

It does not seem to me that the Retailers' data alone should raise issues about the size of the black market in Canada. If a black market existed to the extent that the Retailers' data would suggest, then surely it would be common knowledge. Witnesses would have come forth to testify. The media would have been full of reports on how purchasers are saving money by buying CDs through alternate channels. I am convinced that the grey and black market does not amount to more than 10 to 15 per cent of the overall

s'est publiquement engagée à mettre en œuvre ce programme élargi dès la publication de la présente décision de la Commission, il est réaliste de croire que les redevances que percevrait la SCPCP seraient plutôt de l'ordre de 30 à 35 millions de dollars.

Un taux de 29¢ sur les CD-R ne me paraît pas excessif. Premièrement, puisque plusieurs utilisateurs commerciaux pourraient bénéficier du programme d'exonération, ils n'auraient aucune redevance à payer. Les particuliers seraient tenus de payer cette redevance. Toutefois, comme les achats de CD représenteraient toujours une très petite partie du budget du consommateur moyen, la capacité de ce dernier de verser les 8¢ de plus par CD vierge ne semblerait pas être en cause.

III. ÉVITEMENT ET ÉVASION DE LA REDEVANCE

Je ne partage pas les inquiétudes de mes collègues en ce qui a trait au marché gris et à certaines données incohérentes, et je ne souscris pas non plus à la conclusion voulant que les utilisateurs dérogent à leur obligation de payer la redevance en nombre suffisant pour qu'il faille stabiliser le taux de la redevance. Pour ma part, je continue de croire à la fiabilité des données établies par la SCPCP et Santa Clara relativement aux ventes de supports, mais je reconnais que l'on pourrait faire plus pour vérifier leur validité la prochaine fois. J'estime que, même si un certain niveau d'évitement et d'évasion de la redevance existe en ce moment, ce phénomène n'a pas l'ampleur que mes collègues lui prêtent.

Il ne me semble pas que les données des détaillants devraient, à elles seules, amener à remettre en cause la taille du marché noir au Canada. Assurément, si ce marché était aussi important que les détaillants le laissent entendre, tout le monde le saurait. Des témoins seraient venus en rendre compte et les médias auraient fait amplement mention de la façon dont les acheteurs s'y prennent pour réaliser des économies en achetant leurs CD sur des marchés alternatifs. Je suis convaincu que le marché gris et noir ne compte que pour 10 à 15 pour cent au maximum de l'ensemble du marché. De plus, un

market. In addition, many of the participants in that market would have been eligible for zero-rating had they chosen that route.

In my view, my colleagues' conclusion on the existence of a significant grey and black market is reached mostly through intuition and inferences. For one, nobody argued that the retailers' numbers meant that grey and black market was at least as important as the currently known market. The majority nevertheless takes this view in spite of concordant evidence and data by CPCC, CSMA and IRMA.

As for the amendments proposed by CPCC and CSMA for the 2001-2002 tariff, and their joint request to amend the *Act*, they are perfectly justified by the existence of grey and black markets in the magnitude of 10 to 15 per cent of the total market.

Finally, the growth in sales of CD burners, when looked at carefully, is not that much out of sync with the growth in sales of blank CDs suggested by CPCC. In addition, because many of these CD burners come built into most models of home computers and are often left unused, we cannot expect a perfect correlation between sales of CD burners and sales of CD-Rs.

IV. THE ZERO-RATING PROGRAM

In my view, the Board should proceed from the proposition that Parliament enacted a regime that is meant to be workable and fair and that achieves its underlying goals. The zero-rating program has become an intrinsic part of the regime, and as a result, a levy rate that does not account for it will be unfair to rights-holders. By setting a rate that is based on the expectation that all purchasers of blank media will pay it, and then having CPCC collect only from a percentage of those purchasers results in a devaluation of the owners' rights. In such situation, rights owners are being unfairly underpaid for the

grand nombre d'intervenants de ce marché auraient été admissibles à l'exonération de la redevance s'ils avaient opté pour une telle approche.

Selon moi, mes collègues ont conclu à l'existence d'importants marchés gris et noir en se fiant surtout à leur intuition et en s'appuyant sur des déductions. Personne n'a soutenu, par exemple, que les chiffres des détaillants donnaient à penser que les marchés gris et noir avaient au moins la même envergure que le marché connu. La majorité adopte néanmoins ce point de vue en dépit de preuves et de données concordantes provenant de la SCPCP, de la CSMA et de l'IRMA.

Quant aux modifications proposées par la SCPCP et la CSMA pour le tarif 2001-2002 et à leur demande conjointe visant la modification de la *Loi*, elles sont parfaitement justifiées par l'existence de marchés gris et noir dans des proportions de l'ordre de 10 à 15 pour cent du marché total.

Enfin, un examen attentif de la croissance des ventes de graveurs de CD révèle qu'elle suit d'assez près celle des ventes de CD vierges mentionnée par la SCPCP. De plus, étant donné que bon nombre de ces graveurs de CD sont intégrés à la plupart des modèles d'ordinateurs personnels et qu'ils sont souvent inutilisés, on ne peut s'attendre à une corrélation parfaite entre les ventes de graveurs et les ventes de CD-R.

IV. LE PROGRAMME D'EXONÉRATION DE LA REDEVANCE

À mon sens, la Commission devrait partir du principe suivant lequel le législateur a promulgué un régime de copie privée qui doit être viable et équitable et qui permet d'atteindre les objectifs s'y rattachant. Le programme d'exonération est devenu une composante intrinsèque de ce régime et, conséquemment, un taux de redevance qui n'en tient pas compte ne peut être équitable pour les titulaires de droits. Si l'établissement du taux est fondé sur l'hypothèse voulant que tous les acheteurs de supports vierges le paient, la perception de cette redevance par la SCPCP auprès d'une partie d'entre eux seulement entraîne alors une dévaluation des droits des titulaires. Dans ces circonstances, les

expropriation of their right.

If the zero-rating program has become an intrinsic part of the regime, it is largely as a result of the Board's own admonitions and decisions. The Board ruled that it could not set up the program; at the same time, it strongly encouraged CPCC to do so. CPCC having complied, the Board took full account of the program in setting the levy rate on audio cassettes. By doing so, the Board implicitly signalled that the regime could and should be articulated so as to become more targeted.

This scenario is in accordance with the way I have always understood the regime to be designed to work. In my view, and with respect, it is the only one that is consistent with the Board's earlier decisions dealing with the private copying regime. In *Private Copying II* (page 16 and 17), the Board said:

"The Board continues to believe that it cannot itself create exemptions but concludes for legal, practical and public policy reasons that it is permissible to take the zero-rating scheme into account by excluding audio cassettes that are sold levy-free from the calculation of the levy.

[...]

Second, a tariff that did not take the zero-rating scheme into account would not be a fair tariff. In practice, the private copying regime's continued existence depends on the availability of some exemption scheme. Including zero-rated media in the calculation of the levy imposes on authors the cost of not collecting the levy as well as the cost of maintaining the administrative structure required to operate what is now an essential element of the system."

titulaires de droits obtiennent en contrepartie de l'expropriation de leurs droits une rémunération inique et inférieure à ce qu'elle devrait être.

Si le programme d'exonération fait maintenant partie intégrante du régime de la copie privée, c'est en grande partie à cause des doléances exprimées par la Commission et des décisions qu'elle a rendues. Alors qu'elle statuait ne pas pouvoir mettre sur pied un tel programme, elle encourageait fortement la SCPCP à le faire. Celle-ci ayant obtempéré, la Commission a tenu pleinement compte du nouveau programme aux fins de l'établissement du taux de la redevance sur les cassettes audio. Ce faisant, elle a indiqué implicitement que le régime de copie privée pouvait et devait être structuré de manière à être davantage ciblé.

Ce scénario correspond à la perception que j'ai toujours eue du fonctionnement souhaité du régime. Selon moi, et en toute déférence, c'est le seul scénario qui soit en accord avec les décisions rendues antérieurement par la Commission au sujet du régime de copie privée. Dans *Copie privée II* (p. 16-17), la Commission déclare ce qui suit :

«La Commission continue de croire qu'elle ne peut établir d'exemptions, mais conclut, pour des motifs juridiques, pratiques et de politique publique, qu'elle est en mesure de tenir compte des cassettes audio vendues en franchise en les excluant du calcul de la redevance.

[...]

Deuxièmement, un tarif qui ne tiendrait pas compte du mécanisme serait inéquitable. Sur le plan pratique, le régime de copie privée ne peut survivre sans mécanisme d'exonération. En n'excluant pas du calcul les supports vendus en franchise, on ferait supporter aux auteurs le coût de la renonciation à la rémunération, en plus des frais d'administration d'un accessoire désormais nécessaire au régime.»

The majority says that they have reconsidered the Board's response to the zero-rating because it could not foresee the effects of the program in *Private Copying II*, and that the current decision is based upon a more complete record now before it. To the extent such new evidence exists, I do not find it convincing at all, and hence, will not change my view on the necessity to take the zero-rating program into account in determining the levy rates.

To be fair and equitable to everyone, to consumers who copy music for their private use, to consumers who purchase blank media for purposes other than copying music for their personal use, and to rights-holders who have had their rights expropriated by the regime, requires that the Board take into account the effect of CPCC's zero rating program on the quantum that the levy will generate.

The record tends to confirm that in Canada, the levy is being passed through to the ultimate users of blank media. Zero-rating allows those who by definition cannot private copy (i.e. organizations) relief from the levy. Accounting for zero-rated sales in the levy rate increases the burden on those who are most likely to private copy. It cannot be unfair to structure the market in such a way that those who can make private copies pay most of the price for those copies. My colleagues note that the option to make private copies has value for all consumers, including those who never exercise it. I agree. For that reason, it is not unfair to increase the rate on all media purchased by individual consumers.

I am conscious that this could leave a certain number of users who cannot private copy paying the levy at a higher rate than would otherwise be the case. This is intrinsic to the structure of the regime and cannot be avoided.

La majorité dit avoir reconsidéré la position de la Commission sur le programme d'exonération parce qu'elle n'en saisissait pas à fond l'impact dans l'affaire de *Copie privée II*, alors que la présente décision se fonde sur un dossier plus complet dont elle est maintenant saisie. Dans la mesure où cette nouvelle preuve existe, elle ne me convainc pas. Je continue de croire qu'il est nécessaire de prendre en compte le programme d'exonération dans l'établissement des taux de redevances.

Pour être juste et équitable envers tous, soit les consommateurs qui copient de la musique pour leur usage privé, ceux qui achètent des supports vierges à d'autres fins privées, et les titulaires dont les droits ont été expropriés par la mise en œuvre du régime, il faut que la Commission tienne compte de l'effet du programme d'exonération de la SCPCP sur la somme totale que la redevance générera.

Le dossier tend à confirmer qu'au Canada la redevance est refilée aux utilisateurs ultimes de supports vierges. Le programme d'exonération soustrait à l'application du tarif les entités qui, par définition, ne peuvent faire de copie privée (c'est-à-dire les organismes). En tenant compte des ventes exonérées aux fins de l'établissement du taux de la redevance, on accroît le fardeau de ceux qui sont le plus susceptibles de se livrer à la copie privée. Structurer le marché de façon à ce que ces derniers paient la majeure partie du prix de ces copies ne peut être injuste. Mes collègues soulignent que l'option de se livrer à la copie privée a une valeur pour tous les consommateurs, y compris ceux qui n'en font jamais. Je suis d'accord, et c'est pourquoi il n'est pas injuste d'augmenter les taux s'appliquant à tous les supports achetés par les consommateurs.

Je comprends que cela contraindrait peut-être un certain nombre d'utilisateurs ne pouvant s'adonner à la copie privée à payer la redevance selon un taux plus élevé que celui qui serait exigé par ailleurs. Cela découle de la structure même du régime et est

The private copying regime has been called a system of "rough justice". The Board's task is not to make the regime perfectly fair, but to make it as fair as possible.

I cannot agree with my colleagues' statement that the zero-rating program is illegal and that by setting it or accounting for it in the levy rate, CPCC or the Board assume the role of the legislator by implying additional exemptions into the Act. By implementing the program, CPCC did not undermine the regime; it heeded a direct message sent by the Board, and responded to a hard reality in the marketplace. By saying that the program ought to be taken into account in setting the rates, I am not suggesting that the Board usurp a role that Parliament has either kept for itself or assigned to others (namely, Cabinet). I am merely suggesting that the Board ought to accept the unavoidable consequences of its own actions and take into account the reality of the levy's application.

I believe it is within the Board's discretion to take note of innovations introduced by the collective society representing rights-holders and which ultimately render the regime fairer and less controversial. Many objectors in these proceedings insisted to say that they considered the extended zero-rating program to be essential to them. Objectors might have indicated a preference for a program without restrictions or fees, but they nevertheless insisted on the necessity that such a program be made available. For instance, the zero-rating program was the sole purpose of the objections of the Council of Ministers of Education, Canada, the Association of Universities and Colleges of Canada, the Association of Canadian Community Colleges, the Canadian Teachers' Federation and the Canadian School Boards Association. Also, Mr. Denis Makepeace from Cognos Inc. clearly stated that "the zero-rating is an

inévitable. Le régime de copie privée a déjà été qualifié de «justice sommaire». Le mandat de la Commission ne consiste pas à assurer l'équité intégrale du régime mais à le rendre le plus équitable possible.

Je ne peux souscrire à la déclaration de mes collègues voulant que le programme d'exonération soit illégal et qu'en le mettant sur pied ou en en tenant compte aux fins de l'établissement du taux de la redevance, la SCPCP ou la Commission se substitue au législateur en sous-entendant d'autres exemptions dans la *Loi*. La SCPCP n'a pas miné le régime de copie privée en mettant en œuvre le programme d'exonération. Elle a donné suite à une déclaration directe de la Commission et a réagi à une dure réalité du marché. En affirmant que l'on devrait tenir compte du programme aux fins de l'établissement du taux, je ne propose pas que la Commission usurpe une fonction que le législateur s'est réservée ou qu'il a attribuée à d'autres (soit le Cabinet). Je ne fais que déclarer que la Commission devrait accepter les conséquences inévitables de ses propres actions et tenir compte de la réalité de l'application des redevances.

Je crois que la Commission a le pouvoir discrétionnaire de prendre acte des innovations introduites par la société de gestion qui représente les titulaires de droits et grâce auxquelles le régime devient ultimement plus équitable et moins controversé. De nombreux opposants ont insisté pour dire que le programme d'exonération élargi était essentiel pour eux. Ils ont peut-être indiqué une préférence pour un programme non assorti de restrictions ou de frais, mais ils n'en ont pas moins insisté sur la nécessité d'offrir un tel programme. Par exemple, la nécessité qu'un programme d'exonération de la redevance soit mis en place était le seul argument à la base des oppositions du Conseil des ministres de l'éducation (Canada), de l'Association des universités et collèges du Canada, de l'Association des collèges communautaires du Canada, de la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants et de l'Association canadienne des commissions/conseils scolaires. De plus, M. Denis Makepeace, de *Cognos Inc.*, a

integral part of the position that specific consumers of CD-R are relying upon with respect to their Statement of Case."
Mr. Trottier said: "I think the zero-rating idea is good because it removes the levy from many significant media uses which do not involve private copying of Canadian works."

clairement affirmé que [TRADUCTION] «l'exonération de la redevance fait partie intégrante de la position sur laquelle s'appuient les consommateurs de CD-R dans leurs énoncés de cause.» M. Trottier a quant à lui affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] «Je crois que l'idée d'une exonération de redevance est bonne puisqu'elle permet d'exempter de nombreuses formes d'utilisation importantes ne faisant pas intervenir la copie d'oeuvres canadiennes pour usage privé.»

Also, some initial objectors, such as CBC, withdrew from the proceedings on the basis that they were satisfied with the assurances that CPCC would implement its extended zero-rating program. The Canadian Association of Broadcasters, who was also initially an objector, has been making available to its members the details of the extended program, as proposed by CPCC, even before the issuance of this decision. The users clearly consider that the extended program is an integral part of the market.

En outre, des opposants de la première heure comme la SRC se sont désistés, affirmant qu'ils étaient convaincus que la SCPCP mettrait en œuvre son programme d'exonération élargi tel qu'elle s'engageait à le faire. L'Association canadienne des radiodiffuseurs, qui faisait elle aussi partie de ce groupe, a commencé à offrir à ses membres de l'information détaillée sur ce programme élargi proposé par la SCPCP avant même que la Commission ne rende la présente décision. Les utilisateurs estiment, à l'évidence, que le programme élargi fait partie intégrante du marché.

The very essence of being an administrative tribunal is to carry out the wishes of the legislator that not only the tariff, but also the collection programs are administered in a fair and equitable manner. I, for one, cannot look at one and close my eyes to the other. When dealing with the definition of an audio recording medium, the majority states that Parliament wanted the Board to show "sensitivity to market realities and the flexibility to adapt to a changing environment." I am suggesting that this same sensitivity and flexibility be applied to the issue of the zero-rating program.

La vocation première d'un tribunal administratif est de réaliser les souhaits du législateur selon lesquels l'administration non seulement du tarif, mais aussi des programmes de perception soit juste et équitable. Pour ma part, l'un ne va pas sans l'autre. S'agissant de la définition de support audio, la majorité affirme que «le législateur a cherché avant tout la réceptivité aux réalités du marché et la souplesse nécessaire à l'adaptation à un environnement changeant.» Je suggère d'appliquer ces mêmes éléments de réceptivité et de souplesse au programme d'exonération.

The majority states that it is up to the courts of civil jurisdiction to determine whether or not copies made on non-qualifying media infringe copyright. Thus the Board may consider an act to be illegal under the *Act*, but that decision does not make that act *ipso facto* illegal. It would therefore follow that it is also for these same courts to determine the legality

Selon la majorité, il appartient aux tribunaux judiciaires de déterminer si une copie faite sur un support qui ne se qualifie pas viole ou non le droit d'auteur. Ainsi, le fait que la Commission peut considérer qu'une action particulière viole le droit d'auteur ne signifie pas que cette action soit illégale *ipso facto*. Il s'ensuit qu'il appartient à ces mêmes tribunaux de déterminer si le programme

of zero-rating. I state this out of concern that the majority's decision on this issue may create a major disruption in the existing blank media marketplace and endanger the continued viability of the private copy regime as we know it. In addition, many organizations, such as the broadcasters, the educational institutions and the religious organizations, that have not appeared before the Board in these hearings and the previous hearings because they benefited from their exemption under the CPCC's zero-rating scheme, will now find themselves faced with a major unexpected potential liability.

d'exonération de la redevance est illégal. Il me semble important de le souligner étant donné l'inquiétude que je ressens face aux perturbations importantes que la décision de la majorité pourrait créer sur les marchés existants de supports vierges et à la menace que cette décision constitue pour la viabilité du régime de copie privée tel qu'on le connaît. De plus, plusieurs organisations, telles les radiodiffuseurs, les institutions d'enseignement et les organisations religieuses, qui n'ont pas agi comme participants dans cette affaire et dans la précédente puisqu'elles bénéficiaient du programme d'exonération, auront maintenant à faire face à des dépenses additionnelles importantes et imprévues.

There remains the question of when to account for any change in the program. Suffice it to say that, in my view, it may not be necessary to always wait until a change has been implemented and its impact actually assessed before accounting for it. The Board regularly issues prospective decisions based on imperfect (but reliable) information. In *Private Copying I*, the Board could not reliably estimate the eventual impact of the program. Here, by contrast, there is plenty of reliable evidence on the record that would have allowed the Board to assess the impact of an extension of the program to blank CDs.

Il reste à trancher la question de savoir à quel moment il faudrait prendre en compte les modifications apportées au programme. Je me contenterai de dire qu'il n'est peut-être pas toujours nécessaire d'attendre que leur mise en application et l'évaluation de leur incidence aient été faites pour pouvoir en tenir compte. La Commission rend régulièrement des décisions prospectives fondées sur des données imparfaites (mais fiables). Dans *Copie privée I*, elle n'était pas en mesure d'évaluer de manière sûre l'influence éventuelle du programme. Or, dans la présente affaire, le dossier contenait de nombreux éléments de preuve fiables qui auraient permis à la Commission d'évaluer les conséquences d'un élargissement du programme aux CD vierges.

This being said, the rates I am proposing only take the zero-rating program into account for audiocassettes. CPCC did not ask the Board to take their proposed extended zero-rating program into account in establishing the levy rates for the other media, hence I would not have done it.

Cela étant dit, les taux que je propose ne tiennent compte du programme d'exonération que pour les cassettes audio. La SCPCP n'a pas demandé à la Commission de tenir compte du programme d'exonération élargi qu'elle propose aux fins de l'établissement des taux de redevances pour les autres supports. Je ne l'aurais donc pas fait.

Appendix I

Private Copying 2003-2004
Levy Rate Calculation

	AUTHORS' REMUNERATION	
A	Mechanical licence royalty per song per top-line CD	$0.077
B	Average number of tracks per CD	14
C	Record club and budget-line sales percentage	35%
D	Record club and budget-line discount	25%
E	Adjustment for record club and budget-line sales [C × D] 0.35 × 0.25	8.75%
F	Authors' remuneration [A × B × (1 – E)] 0.077 × 14 × (1 – 0.0875)	$0.98

	PERFORMERS' AND MAKERS' REMUNERATION	
G	Top-line CD suggested retail list price	$19.98
H	Royalty (in percentage)	18%
I	Applicable discounts (container, free goods allowance)	36.25%
J	Record club and budget-line discount	50%
K	Adjustment for record club and budget-line sales [C × J] 0.35 × 0.5	17.5%
L	Payments to the *American Federation of Musicians*	$0.07
M	Performers' and makers' remuneration [(G × H × (1 – I) × (1 – K)) + L] (19.98 × 0.18 × (1 – 0.3625) × (1 – 0.175)) + 0.07	$1.96
N	Total royalties per prerecorded CD [F + M] 0.98 + 1.96	$2.94

QUALIFYING REPERTOIRE ADJUSTMENT		
O	Eligible authors' weighted share of private copies [(F ÷ N) × % of private copies using eligible authors' repertoire] 0.98 ÷ 2.94 × 96%	32%
P	Eligible performers' weighted share of private copies [(M ÷ N) × % of private copies using eligible performers' repertoire ÷ 2] 1.96 ÷ 2.94 × 26% ÷ 2	8.7%
Q	Eligible makers' weighted share of private copies [(M ÷ N) × % of private copies using eligible makers' repertoire ÷ 2] 1.96 ÷ 2.94 × 19% ÷ 2	6.3%
R	Qualifying repertoire's weighted share of private copies [O + P + Q] 32 + 8.7 + 6.3	47%
S	Imputed remuneration of qualifying repertoire per CD [N × R] 2.94 × 0.47	$1.3818

ADJUSTED REMUNERATION (ANCILLARY NATURE OF ACTIVITY)		
T	Adjustment for copies made from copier-owned CDs [% of private copies × 50%] 37% × 50%	18.5%
U	Adjustment for copies made from MP3 files [% of private copies × 37.5%] 48% × 37.5%	18%
V	Adjustment for copies from all other sources [% of private copies × 50%] 15% × 25%	3.75%
W	Adjusted remuneration [S × (1 – (T + U + V))] $1.3818 × (1 – (0.185 + 0.18 + 0.0375))	$0.8256
X	Average length of prerecorded CD [B × 4'10"] 14 × 4'10"	58.33 min.
Y	Average percentage of recording time actually used on a pre-recorded CD	86%

LEVY RATE FOR AUDIO CASSETTES		
AA	Weighted average recording capacity	82.6 min.
AB	Recording capacity adjustment |((AA × Y) – X) ÷ X ÷ 2| ((82.6 × 0.86) – 58.33) ÷ 58.33 ÷ 2	10.9%
AC	Levy Rate on cassettes |W ÷ 2 × % purchased by individuals × % of purchases used to private copy × (1 + AB)| $0.8256 ÷ 2 × 0.95 × 0.65 × (1 + 0.109)	$0.28

LEVY RATE FOR CD-Rs		
AD	Average recording capacity	79.1 min.
AE	Recording capacity adjustment |((AD × Y) – X) ÷ X × 0.66| ((79.1 × 0.86) – 58.33) ÷ 58.33 × 0.66	11%
AF	Levy Rate on CD-Rs |W × % purchased by individuals × % of purchases of CD-Rs used to private copy × (1 – % waste) × (1 + AE) × (1 – % of paid downloads from Internet)| $0.8256 × 0.6 × 0.6 × (1 – 0.075) × (1 + 0.11) × (1 – 0.05)	$0.29

LEVY RATE FOR CD-RWs		
AG	Average recording capacity	79.1 min.
AH	Recording capacity adjustment |((AG × Y) – X) ÷ X × 0.66| ((79.1 × 0.86) – 58.33) ÷ 58.33 × 0.66	11%
AI	Levy Rate on CD-RW |W × % of CD-RWs purchased by individuals × % of CD-RWs of purchases used to private copy × (1 + AH) × (1 – % of paid downloads from Internet)| $0.8256 × 0.6 × 0.4 × (1 + 0.11) × (1 – 0.05)	$0.21

LEVY RATE FOR CD-Rs AUDIO, CD-RWs AUDIO AND MINIDISCS		
AJ	Average recording capacity	74 min.
AK	Recording capacity adjustment $\lvert ((AJ \times Y) - X) \div X \times 0.75 \rvert$ ($(74 \times 0.86) - 58.33) \div 58.33 \times 0.75$	6.8%
AL	Levy Rate on CD-Rs and CD-RWs Audio and MiniDiscs [W × % purchased of CD-Rs Audio by individuals × % of purchases of CD-Rs Audio used to private copy × (1 – % waste) × (1 + AK) × (1 – % of paid downloads from Internet)] $0.8256 × 0.95 × 0.95 × (1 – 0.05) × (1 + 0.068) × (1 – 0.05)	$0.72

Annexe I

Copie privée 2003-2004
Calcul du taux de la redevance

	RÉMUNÉRATION DES AUTEURS	
A	Redevance des licences de reproduction mécanique par chanson, par CD haut de gamme	0,077 $
B	Nombre moyen de plages par CD	14
C	Pourcentage des ventes attribuables aux clubs de disques et aux gammes à bas prix	35 %
D	Escompte relatif aux ventes des clubs de disques et de gammes à rabais	25 %
E	Ajustement pour tenir compte des ventes des clubs de disques et de gammes à bas prix [C × D] 0,35 × 0,25	8,75 %
F	Rémunération des auteurs [A × B × (1 – E)] 0,077 × 14 × (1 – 0,0875)	0,98 $

	RÉMUNÉRATION DES ARTISTES-INTERPRÈTES ET DES PRODUCTEURS	
G	Prix de détail suggéré des CD haut de gamme	19,98 $
H	Redevance (en pourcentage)	18 %
I	Rabais applicables (contenant, allocation pour produits gratuits)	36,25 %
J	Escompte relatif aux ventes des clubs de disques et de gammes à rabais	50 %
K	Ajustement pour tenir compte des ventes des clubs de disques et de gammes à bas prix [C × J] 0,35 × 0,5	17,5 %
L	Versements à l'*American Federation of Musicians*	0,07 $
M	Rémunération des artistes-interprètes et des producteurs [(G × H ×(1 – I) × (1 – K)) +L] (19,98 × 0,18 × (1 – 0,3625) × (1 – 0,175)) + 0,07	1,96 $
N	Redevances totales par CD préenregistré [F + M] 0,98 + 1,96	2,94 $

RAJUSTEMENT RELATIF AU RÉPERTOIRE ADMISSIBLE		
O	Part pondérée des copies privées revenant aux auteurs admissibles [(F ÷ N) × % des copies privées faisant partie du répertoire d'auteurs admissibles] 0,98 ÷ 2,94 × 96 %	32 %
P	Part pondérée des copies privées revenant aux artistes-interprètes admissibles [(M ÷ N) × % des copies privées faisant partie du répertoire des artistes-interprètes admissibles ÷ 2] 1,96 ÷ 2,94 × 26 % ÷ 2	8,7 %
Q	Part pondérée des copies privées revenant aux producteurs admissibles [(M ÷ N) × % de copies privées faisant partie du répertoire des producteurs admissibles ÷ 2] 1,96 ÷ 2,94 × 19 % ÷ 2	6,3 %
R	Part pondérée des copies privées provenant du répertoire admissible [O + P + Q] 32 + 8,7 + 6,3	47 %
S	Rémunération imputée au répertoire admissible par CD [N × R] 2,94 × 0,47	1,3818 $

RÉMUNÉRATION RAJUSTÉE (NATURE ACCESSOIRE DE L'ACTIVITÉ)		
T	Ajustement pour les copies de CD appartenant au copiste [% des copies privées × 50 %] 37 % × 50 %	18,5 %
U	Ajustement pour les copies de fichiers MP3 [% des copies privées × 37,5 %] 48 % × 37,5 %	18 %
V	Ajustement pour les copies de toutes les autres sources [% des copies privées × 50 %] 15 % × 25 %	3,75 %
W	Rémunération rajustée [S × (1 – (T + U + V))] 1,3818 $ × (1 – (0,185 + 0,18 + 0,0375))	0,8256 $
X	Durée moyenne d'un CD préenregistré [B × 4'10"] 14 × 4'10"	58,33 min
Y	Pourcentage de la durée d'enregistrement moyenne utilisée sur un CD préenregistré	86 %

TAUX DE LA REDEVANCE SUR LES CASSETTES AUDIO		
AA	Capacité d'enregistrement moyenne pondérée	82,6 min.
AB	Ajustement pour tenir compte de la capacité d'enregistrement [((AA × Y) – X) ÷ X ÷ 2] ((82,6 × 0,86) – 58,33) ÷ 58,33 ÷ 2	10,9 %
AC	Taux de la redevance sur les cassettes [W ÷ 2 × % de cassettes achetées par les particuliers × % de cassettes achetées en vue de faire des copies privées × (1 + AB)] 0,8256 $ ÷ 2 × 0,95 × 0,65 × (1 + 0,109)	0,28 $

TAUX DE LA REDEVANCE SUR LES CD-R		
AD	Capacité d'enregistrement moyenne	79,1 min.
AE	Ajustement pour tenir compte de la capacité d'enregistrement [((AD × Y) – X) ÷ X × 0,66] ((79,1 × 0,86) – 58,33) ÷ 58,33 × 0,66	11 %
AF	Taux de la redevance sur les CD-R [W × % de CD-R achetés par les particuliers × % de CD-R achetés en vue de faire des copies privées × (1 – % de perte) × (1 + AE) × (1 – % de téléchargements payés effectués sur Internet)] 0,8256 $ × 0,6 × 0,6 × (1 – 0,075) × (1 + 0,11) × (1 – 0,05)	0,29 $

TAUX DE LA REDEVANCE SUR LES CD-RW		
AG	Capacité d'enregistrement moyenne	79,1 min.
AH	Ajustement pour tenir compte de la capacité d'enregistrement [((AG × Y) – X) ÷ X × 0,66] ((79,1 × 0,86) – 58,33) ÷ 58,33 × 0,66	11 %
AI	Taux de la redevance sur les CD-RW [W × % de CD-RW achetés par les particuliers × % de CD-RW achetés en vue de faire des copies privées × (1 + AH) × (1 – % de téléchargements payés effectués sur Internet)] 0,8256 $ × 0,6 × 0,4 × (1 + 0,11) × (1 – 0,05)	0,21 $

TAUX DE LA REDEVANCE SUR LES CD-R AUDIO, CD-RW AUDIO ET MINIDISC		
AJ	Capacité d'enregistrement moyenne	74 min.
AK	Ajustement pour tenir compte de la capacité d'enregistrement |((AJ × Y) – X) ÷ X × 0,75| ((74 × 0,86) – 58,33) ÷ 58,33 × 0,75	6,8 %
AL	Taux de la redevance sur les CD-R Audio, CD-RW Audio et MiniDisc |W × % de CD-R Audio achetés par les particuliers × % de CD-R Audio achetés en vue de faire des copies privées × (1 – % de perte) × (1 + AK) × (1 – % de téléchargements payés effectués sur Internet)| 0,8256 $ × 0,95 × 0,95 × (1 – 0,05) × (1 + 0,068) × (1 – 0,05)	0,72 $